

شرح  
فتح القدير

للعياض الفقيه

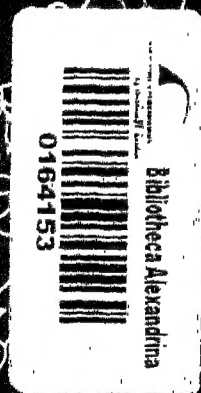
تأليف

أشبح الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

الجزء الخامس

وذكر

أبي القاسم















شرح فتح القدير  
للعاجز الفقير





# شرح فتح القدير للعناجر الفقير

تأليف

الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

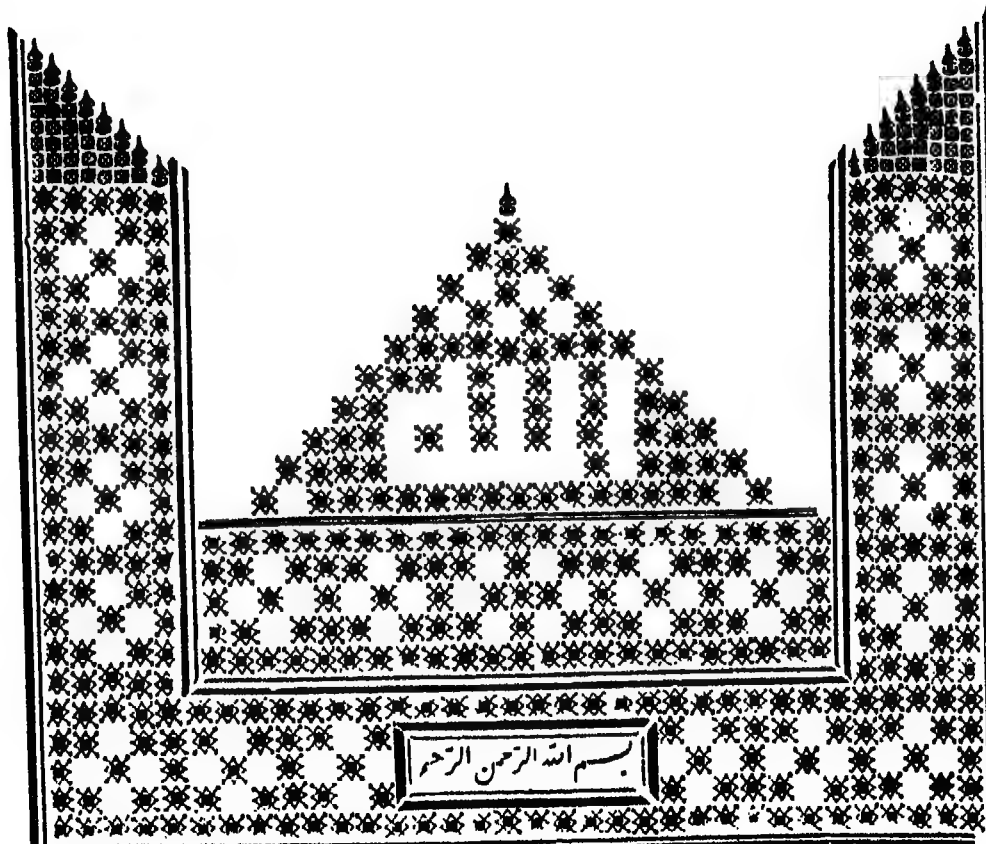
دار الكتب العلمية  
بيروت - لبنان



الجزء الخامس







\*(كتاب الحدود)\*

\*(كتاب الحدود)\*

لما شملت الأيمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة أو أواخر الحدود التي هي عقوبات محضة اندفاعا إلى بيان الأحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفرقة بين العبادات المحضة لكان إنباء الحدود والصوم أو وجه لا شمله على بيان كفارة الإفطار الغلب فيها جهة العقوبة حتى تدخلت على ما عرف بخلاف كفارة الأيمان الغلب فيها جهة العبادة لكن كان يكون الترتيب حيث بدأ الصلاة ثم الأيمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجنبي ما يبعد بين الأخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بنى الإسلام على خمس شهادة أن لا إله إلا الله الحديث ثم محاسن الحدود أن تذكر ببيان وتكتب بينان لأن العقوبة وغيره يستوي في معرفة أنها لا امتناع عن الأفعال الموجبة للفساد في الزنا ضياع الذرية وأما ما معنى بسبب اشتباه النسب ولا يلزم بموت الولد مع ما فيه من تهمة الناس البراء وغيره ولذا نذب عموم الناس إلى حضور حده ورجعه وفي باقي الحدود زوال العقل وفساد الأعراض وأخذ أموال الناس وقبح هذه الأمور مركز في العقول ولذا لم تبع الأموال والأعراض والزنا والسكر في مسألة من الملل وإن أبيع الشرب وحسن كان فساد هذه الأمور عاما كانت الحدود التي هي ممانعة من حقوق الله على الخلوص فان حقه تعالى على الخلوص أبدا فيسبب مصالح عامة ولذا قال المصنف والمقصود من شرعيته الإزجار عما يتضرر به العباد والعبادة المشهورة في بيان حكمه شرعيته الزجر إلا أنه لما كان الزجر براد للإزجار عدل المصنف إلى قوله الإزجار الآن قوله والطهارة ليست بأصلية إلى آخره أي الطهارة من ذنب بسبب الخلق فبأنه مقصود أيضا من شرعيته لكنه ليس مقصودا أصليا بل هو تبع لما هو الأصل من الإزجار وهو خلاف المذهب فإن المذهب أن الحد لا يعمل في سقوطه ثم

\*(كتاب الحدود)\*

\*(كتاب الحدود)\*

لما فرغ من ذكر الأيمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة أو رد عقوبتها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لما أنها ترفع الفساد الواقع في العالم وتعضد النفوس والأعراض والأموال سالمة من الابتذال وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف إليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما وأما تفسيره لغة وشرعية والمقصود الأصلي من شرعه وهو الحكم فقد ذكره في

\*(كتاب الحدود)\*

(قوله وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف إليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما) أقول في العبارة نوع كاسية



قال الحداد المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقاقته تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لأنه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصود الأصلي من شرعه الانذار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست أصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر

قبل سببه أصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة (١) وأما ذلك فقول طائفة كثيرة من أهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما في البخاري وغيره ان من أصاب من هذه المعاصي شيئا فعقوبته في الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب منها شيئا فسخره الله فهو الى الله ان شاء عفا عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق ذلك أي التقتيل والصلب والنفي بان لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فاجبروا أن جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية الامن تاب فانها حينئذ تسقط عنه العقوبة الاخرية وبالاجماع لا اجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ويجب أن يحمل الحد في الدنيا على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر أن ضربه أو جرحه يكون معه توبة منه فلو لم يسبب فعله فيقيد به جميعا بين الأدلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس وانما أراد المصنف أنه لم يشرع للطهارة فإذاه بعبارة غير جيدة ولذا استدلل عليه بشرعيته في حق الكافر ولا طهارة في حق من الذنب بالحد يعني أن عقوبة الذنب لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد ولم يتحقق في حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من أهلها وأما من يقول ان الحد يجبر به بسقط اثم ذلك السبب الخاص الذي حده به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمي في ذلك اذ السمع انما هو جبرل وم عقوبة الكفر في حقه لا بتضعاف عذاب الكفر عليه فاذا فرض أن الله سبحانه جعل الحد مسقطا لعقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا يضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد به الكافر الا أن يدل دليل سمي على ذلك وأما الاستدلال على عدم كون الحد مسقطا بانه يقام عليه وهو كراهه فليس بشئ لجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله أعلم ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ انها مانع قبل الفعل زواج بعده أي العلم بشرعيته يمنع الاقدام على الفعل ويقاعها بعده يمنع من العود اليه (قوله الحد لغة المنع) وعليه قول نابغة ذبيان الاسلميان اذ قال الاله له \* قم في البرية فاحدد هاهن الغند

وهو الخطا في القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم في شرح ديوانه وكل مانع شئ فهو حادله وحداد اذا صيغ للمبالغة ومنه قيل للبواب لمنع من الدخول والسجبان حداد لمنع من الخروج بلا شك

(قوله وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقاقته تعالى) احتراز بالمقدرة عن التعزير وبقوله حقاقته تعالى عن القصاص قبل تقدير الشريعة على أربعة أنواع منها ما هو يمنع الزيادة والنقصان وهو الحدود ومنها ما يمنع الزيادة والنقصان كما قال الله تعالى وما تدرى نفس ماذا تكسب غدا فانه لا يعلم ماذا تكسب في هذا اليوم في الزمان الثاني ولا في بعد غد وكذلك قوله تعالى من ان تأمنه بقطار يؤده اليك ومنها ما هو يمنع الزيادة دون النقصان وهو خيار الشرط عند أبي حنيفة فترحمه الله ومنها ما هو يمنع النقصان دون الزيادة كمدة السفر (قوله والمقصود الأصلي من شرعه الانذار عما يتضرر به العباد) وهو اختسار الانساب فانه تعالى شرع حد الزنا لصيانة فرس المسلمين عن الفساد وشرع حد الغدق لصيانة أعراضهم وشرع حد الشرب لصيانة عقولهم وشرع حد السرقة لصيانة أموالهم (قوله والطهارة ليست أصلية) لانها تحصل بالتوبة لا بإقامة الحد اذا حد ويقام على كراهته فلا يكون محصلا لا ثواب فلا تحصل به الطهارة فان تاب كان الحد طهارة والا لا يكون طهارة بل يكون خزيا ونكالا كما قال الله تعالى في حد قطاع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم (قوله الزنا حد وبقصر) فالقصر لاهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقرنوا الزنا والملاهل نجد

قال الفرزدق  
أبا حاضر من يزن يعرف زناؤه \* ومن يشرب الخمر طوم يصبح مسكرا  
الخمر طوم الخمر المسكر ففتح الكاف من التكسير المخمور يخاطب به الرجل المكثي بابي حاضر والنسبة الى

الكاتب وقوله (الانذار عما يتضرر به العباد) يريد به افساد العرش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال وكلامه يشير الى أن الحد ودستل على مقصد أصلي يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانذار عما يتضرر به العباد وغير أصلي وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز روال الذنوب عنه بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع في حق الكافر الذي ولا يظهر عن ذنبه باجراء الحد عليه

(١) قول الكمال وأما ذلك أي كون الطهارة مقصودة من الحد قصدا تبعا لاجزائها ما هو

قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) الزنا يدو بقصر القصر لغة أهل الحجاز والملاهل نجد قال الفرزدق \* ومن يشرب الخمر طوم يصبح مسكرا يخاطب رجلا (٤) يكنى أباحضر والخمر طوم الخمر والمسكر بفتح الكاف المخمور وتفسيره في الشرع قضاء المسكاف شهوته قبل امرأته فالبينة

قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) والمراد بثبوته عند الامام لان البينة دلائل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لاسمها فيما يتعلق بشيئ منه مضره ومعرفة الوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفي بالظاهر قال

وان كان البيت الذي استشهد به لا يقيد وهو قوله

يقول في الحداد وهو يقودني \* الى السجن لا تنزع فبابك من باس

فانه لا يلزم كون القاتل الذي كان يقوده هو السجن لجواز أن يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حداده اذ منعه من الذهاب الى حال سبيله وللخمار حدادته الخمر في قول الاعشى

فقمنا ولما يصح ديه صكنا \* الى جوفه عند حدادها

ومعنى أهل الاصطلاح المرفع للماهية عند المنع من الدخول والخروج وحدود الدار بها يمنعها من دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع قال المصنف هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المقدور نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك اذن وغيره على ما ساقى ان شاء الله تعالى وهذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير أن الحد على هذا قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه ابني عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع في الخنز ومية التي سرق فقال أشفع في حد من حدود الله وأما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرفع له الى الحاكم ليطلقه وبمن قال به الزبير بن العوام وقال اذ بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده (قوله الزنا يثبت بالبينة والاقرار) ابتداء بحد الزنا الكثرة وقوع سببه مع قطعته عن كتاب الله تعالى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فلا يسد حده بتلك القطعية والزنا مضمون في اللغة الغصبي لغة أهل الحجاز التي بها جاء القرآن قال الله تعالى ولا تقر بها الزنا وتعد في لغة نجد وعليها قال الفرزدق

أباحاظر من زين يعرف زناؤه \* ومن يشرب الخمر طوم يصبح مسكرا

بفتح الكاف وتشديد هاء التذكير والخمر طوم من أسماء الخمر قال والمراد بثبوته عند الحاكم أما ثبوته في نفسه فبإيجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيد كرم المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهذا تسكاه عليه وخص بالبينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جاهر العلماء وكذا سائر الحدود وقال أبو نؤير ونقل قولاً عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بشهادة الامام قلنا نعم لكن الشريعة أهدر اعتباره بقوله تعالى فاذم يا قوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المصنف لانهم ادل دليل ظاهر لتعليل الواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانما يثبت بها غير ممتنع في هذا المعنى وحاصله ما تعذر القطع اذ كني بالظاهر وهو في البينة وفي الاقرار أظهر لان الاقرار بسبب الحديث ملحق بمضرة في البدن ومعرفة في العرض توجب نكاحية في القلب فلم يكن الاقدام عليه الا مع الصدق دفعا لضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحد وان لم يتب وقصدا الى تحقيق

المقصود زناؤي والى الممدود زناؤي كذا في الصحاح (قوله يثبت بالبينة والاقرار) أي عند الامام وعلم القاضي ايسر بحجة في الحدود باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وان كان القياس يقتضي اعتباره لان عمله فوق

الاشتباه وتمكين المراقبين ذلك واختير لفظ القضاء اشارة الى أن مجرد الايلاج زنا واهذا يثبت به الفصل والمكاف ليخرج الصبي والمجنون والمراد بالملكين ملك النكاح وملك العيدين وبشبهة ملك النكاح ما اذا وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير اذن مولاهما وما أشبهه وبشبهة ملك العيدين ما اذا وطئ جاريا بنسبه أو مكاتبه أو عبده المأذون المدون وبشبهة الاشتباه ما اذا وطئ الابن جارية أبيه على ظن أنها تحل له والزنا يثبت بالبينة والاقرار قال المصنف (المراد بثبوته عند الامام) وانما قال كذلك لان الزنا على التفسير المذكور يثبت بفعلهما ويحقق في الخارج وان لم يكن هناك لا بينة ولا اقرار وانما انحصر في ذلك لانه لا يظهر ثبوته بعلم القاضي لانه ايسر بحجة في هذا الباب وكذلك في سائر الحدود الخالصة لقوله تعالى فاذم يا قوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون وقوله (معرفة ومضرة) المضرة ضرر ظاهر على البدن والمعرفة ضرر

يتصل ببدنه ويسرى الى باطنه من لحوق العار بانسابه الى الزنا

فالبينة

(قوله وتفسيره في الشرع الخ) أقول تفسيره لزمنا العام لما يوجب الحد وما لا يوجب (قوله وشبهتهما الخ) أقول ليم الزنا الذي لا يوجب الحد (قوله وتمكين المرأة الخ) أقول تعريف الزنا المرأة (قوله اشارة) أقول وجه الاشارة مستور

وقوله (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ظاهر وقوله (ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر) احتراز عن قول من يقول انما اشترى الاربع لان الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الشهادة شاهد من فانه ضعيف لان فعل الواحد كما ثبتت بشهادة شاهد من كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب أن الله تعالى أحب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا للمعنى الستر وقوله (وهو) أى الستر (مندوب اليه) قال صلى الله عليه وسلم من أصاب منكم من هذه القاذورات شيئا فليستر بستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة (والاشاعة ضده) أى اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لاجل حاله فلما كان الستر أمرا مندوبا اليه كانت الاشاعة أمرا مندوبا (واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا ما هو) احتراز عن الغلط في الكيفية (وإن زنى) احتراز عن المكان (ومنى زنى) احتراز عنه في الزمان

(قوله واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا) أقول أنت

(فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال عليه السلام الذى قذف امرأته اثنتان باربعة يشهدون على صدق مقالته ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده (واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومنى زنى) لان النبي عليه السلام استفسر ما عزا اليه كناية لنفسه اذ ورطته في أسباب خطا الله تعالى لئلا يدرج أهل العزم (قوله فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ليس فيهم امرأة (على رجل أو امرأة بالزنا) ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعي هو يقول هو منهم ونحن نقول التهمة ما توجب جرمه والزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه طروق لعار وخلو الفراش خصوص اذا كان له منها أولاد صغار وانما كانت الشهود أربعة بالقرينة فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وأما الحديث الذى ذكره المصنف وهو قوله صلى الله عليه وسلم للذى قذف امرأته بالزنا يعنى هلال بن أمية اثنتان باربعة يشهدون على صدق مقالته والاشاعة في ظهورك فلم يحفظ على ما ذكره والذى في البخارى انه عليه الصلاة والسلام قال البينة والافسدي ظهورك نعم أخرجه أبو يعلى في مسنده حدثنا مسلم بن أبي مسلم الجرمي حدثنا محمد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن أنس بن مالك قال أول لعان كان في الاسلام أن شريك بن حنم قذفه هلال بن أمية بامرأته فرفقته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم أربعة يشهدون والافسدي ظهورك والمستهة وهى اشتراط الاربعة قطعية يجمع عليها ثم ذكر أن حكمه اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه واقصر عليه لنفي قول من قال ان حكمه أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة أما ان فيه تحقيق معنى الستر فلا الشئ كلما كثرت شر وطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على أربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك اندراؤه وأما انه مندوب اليه فلما أخرجه البخارى عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه وأخرج أبو داود والنسائي عن عتبة بن عامر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من رأى عورة فسترها كان كمن أحمى مودة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغى أن تكون الشهادة بخلاف الاولى التى مرجعها الى كراهة التنزيه لانها في رتبة التدب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهذا يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما اذا وصل الحال الى اشاعته والتمت به بل بعضهم بما افتخر به فيجب كون الشهادة أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصي والفواحش بالخطايا المعقدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر لهم فاذا ظهر حال الشره في الزنا مشلا والشرع وعلم المبالغة واشاعته فاحلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عودتها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب لاختلافه وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مرارا منستر مخوفا منتمدا عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عليه الصلاة والسلام لهزالي ما عزلو كنت سترته بشوبك الحديث وسببناى كان في مثل من ذكرنا والله سبحانه أعلم وعلى هذا ذكره في غير مجلس القاضى واداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها وأما ان المختار في الحكمة ما ذكره المصنف فلا أن شهادة الاثنين كما تكون على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة كلوا شهدوا ان هؤلاء الجماعة قتلوا فلا نوحوا فاعول عليه ما ذكره المصنف (قوله واذا شهدوا بالزنا سالهم الحاكم) عن خمسة أشياء عن الزنا ما هو وكيف هو وأين زنى ومنى زنى (ثم استدلى المصنف على وجوب هذه الاشياء بانه صلى

البينة والافرار (قوله والاشاعة ضده) أى ضد الستر فيكون مذموما لقوله تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا هم عذاب ألليم في الدنيا والآخرة (قوله فاذا شهدوا) يسألهم الامام عن الزنا ما هو ومن وكيف هو أما السزال عن ماهية الزنا فلا احتراز علم يكن فعله على الذى ذكره الحد من تفسير الزنا فان

عن الكيفية عن المزية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج عنه أو زنى في دار الحرب أو في المتقادم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطه جارية لابن فيستقصى

الله عليه وسلم استفسر ما عزا عن الكيفية وعن المزية ولان الاحتياط المطلوب شرعا في ذلك فهذا الوجه يعم الخمسة والسبع مقتصرا على اثنين منها فاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فان قيل الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ما عزا فالجواب أن علة استفساره بعينها ثابتة في الشهود كما يستمع فوجب استفسارهم أما أنه استفسره عن الكيفية فمما أخرج أبو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال جاء الاسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراما أربع مرات كل ذلك يعرض عنه فاقبل في الخامسة فقال أنسكتها قال نعم قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المروء في المكحلة وكما يغيب الرشاء في البئر قال نعم قال فهل تدري ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما مثل ما يأتي إلى رجل من امرأته حللا قال فأتى بدها هذا القول قال أريد أن تطهر في فامره فرجم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر إلى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجله فقال أين فلان وفلان فقال نحن ذان يارسول الله فقال انزلوا فكلما من جيفة هذا الحمار فقال ومن يأكل من هذا يارسول الله قال فالتفتا من عرض أخيكما آتقا أشد من الأكل منه والذي نفسي بيده أنه الآن في أنهار الجنة يتغسغ فيها وأما استفساره عن المزية فمما أخرج أبو داود عن يزيد بن نعيم ابن هزال عن أبيه قال كان ما عزا من مالك في حجر أبي فاصاب جارية من الخي فقال له أنى أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بما صنعت لعله يستغفر لك قال فأتاه فقال يارسول الله أنى زنت فاقم على كتاب الله فأعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات فقال عليه الصلاة والسلام انك قد قلتها أربع مرات فممن قال بقلالة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جاءتها قال نعم فارجم فخرج إلى الحرة فلما وجد مس الجارة خرج يشتد فلقبه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فترع فوطئ فبغير فرماه به فقتله ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا نركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فامره أن يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلعى بعير فاصاب رأسه فقتله وأما أن في الاستفسار عن الأمور الخمسة الاحتياط فإنا قال لانه عساه غير الفعل في الفرج عنه بان ظن بمساسة الفرجين حراما زنا أو كان يظن أن كل وطء محرمة زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتياط ساه عن الزنا ما هو ولانه يحتمل كونه كان مكرها أو يرى أن الإكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه فيكره عن أبي حنيفة فيشهد به فلهذا ساه عن كفيته وفي التحقيق هو حالة تتعلق بالزاني نفسه ثم يحتمل كون المشهود عليه زنى في دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا ساهلهم أين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم ولا حقيقته إذا ثبت بالبينة أو في زمن صباه فلهذا ساهلهم متى زنى وحد المتقادم سياتي ثم يحتمل كون المزية بها ممن لا يحذرناها وهم لا يعلمون بكارية ابنه أو كانت جاريته أو زوجته ولا يعاها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء أن ينظر وإلى

من الناس يعتقد في كل وطء أنه زنى ولان الشرع سمي الفعل فمما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان وزناهما النظر والبسوان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك أو يكذب والحد لا يجب إلا بالجماع في الفرج وأما السؤال عن الكيفية فلا احتراز عن تماس الفرجين من غير ابلاج وقيل للاحتراز عن صورة الإكراه وأما السؤال عن المكان فلا احتراز عن فعل الزنا في دار الحرب وأما السؤال عن الوقت فلا احتراز عن أن يكون العهد متقدما وحد الزنا لا يقام بعد تقادم العهد عندنا وأما السؤال عن المزية بها فلا احتراز عن أن يكون له نكاح أو شبهة نكاح مع المفعول به أو ذلك غير معلوم للشهود فاذا فسرنا تبين ذلك للقاضي

(وعن المزية) احترازاه في المفعول به ويدل على وجوب السؤال عن هذه الاشياء النقل والعقل أما الاول فناروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل ما عزا إلى أن ذكر الكاف والنون بمعنى كلمة نكحت ولكونه صريحا في الباب والباقي كناية وأما العقل فلان الاحتياط في ذلك واجب لانه قد كان الفعل في غير الفرج عنه فلا يكون ماهية الزنا ولا كفيته موجودة أو زنى في دار الحرب وهو لا يوجب الحد أو في المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد أو كان له في المزية شبهة لم يطالع عليها الشهود كوطه جارية لابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدره

خبر بان سؤال الامام ليس للاحتراز عن الغلط فيما ذكره بل الغلط مطلوب لدره الحد وانه لا معنى للغطاء في المكان والزمان هنا فامل (قوله إلى أن ذكر الكاف والنون) أقول يعني إلى أن ذكر لمعاز الكاف والنون

فأذا بينوا ذلك وقالوا رأيناها وطئها في فرجها بينا نالها بينه والمزني بها كليل في المكحلة بيان كنيته وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلاية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذلك وقال ادروا الحدود وما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة وتعديل السر والعلاية تبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل (يحبسه حتى يسأل عن الشهود) لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظهر به بعد ذلك ولا وجه لاحضد الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما ينبي على الدرء فان قبيل الاحتياط في الحبس أظهر أوجب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزيز لانهم بالخيانة وقد صرح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه وبين المدعيون سيأتي ان شاء الله

(قوله أوجب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزيز) أقول ولا يخفى عليك ان المستفاد من تعليل الحبس بقوله لانه لو خلى سبيله هرب هو ان يكون الحبس احتياطا لتعزير راقلبتا مل

في ذلك احتيالا للدرء (فأذا بينوا ذلك وقالوا رأيناها وطئها في فرجها كليل في المكحلة وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلاية حكم بشهادتهم) ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادروا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبي حنيفة وتعديل السر والعلاية تبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل

يبني وكانت في بيت أحدهم كوة يبدون منها للناظر ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما أتيت الامرأتى ثم ان الله تعالى درأ عنه بعدم قول زبادة هو الرابع رأيت كليل في المكحلة فعدلوا رضي الله عنه الثلاثة ولم يحده لانه ما نسب اليه الزنا بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وأنفاسا عالية ولحافا ترتفع ويختفض وهو لا يوجب الحد وأخرج عبد الرزاق في تفسيره بسند عن جرير رضي الله عنه ثم سألهم أن يتوبوا فتاب اثنتان فقبلت شهادتهم ما وأبى أبو بكر أن يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل العضو من العبادة اهـ فلما ذاب سألهم عن المزني بم من هي وقياسه في الشهادة على زنا امرأة أن يسألهم عن الزاني بها من هو فان فيه أيضا الاحتياط المذكور وزيادة وهو جواز كونه صديقا ومجنونا بان مكنت أحدهما فانه لا يجب عليها في ذلك حد على قول أبي حنيفة ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم انهم ما زنا لم يحده الشهود عليه ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكره من الزنا ليطور قذفهم لغير الزاني بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون وصار كل واحد أو بعينه فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لانهم باقون على شهادتهم غير أنهم لا يقبلون وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة بيمين الغساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبى الرابع فان الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قذفا فلم يتم بامتناعه بق كلام الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهدوا فساألهم فيمن الثلاثة ولم يزدوا حد على الزنا لا يحده وما وقع في أصل المبسوط من أن الرابع لو قال انه زنا فنبش عن صفته فلم يصفه انه يحده جل على انه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة (قوله وأذا بينوا ذلك وقالوا رأيناها وطئها في فرجها كليل في المكحلة) وهي بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كنيته الزاني الحقيقة وسال القاضي عنهم فعدلوا في السر بان يبعث ورقة فيها أسمائهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمهم هو عدل مقبول الشهادة والعلاية بان يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته حكم بشهادتهم وهو الحد حكم بوجوب حده وهذا ما وعد المصنف بيانه في الشهادات وبق شرط آخر وهو أن يعلم ان الزنا حرام مع ذلك كله ونقل في اشتراط العلم بحرم الزنا اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما كنف بها أبو حنيفة في الاموال احتيالا للدرء ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقفا على ثبوت ايجاب الدرء ما أمكن استدل عليه بما رواه أبو يعلى في مسنده من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها عنه عليه السلام قال ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان لها مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ في العقوبة خير من أن يخطئ في العقوبة قال الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث مجدي بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف وأسنده في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي قال البهقي والموقوف أقرب الى الصواب ولا شك ان هذا الحد هو الدرء الحد بجمع عليه وهو أقوى وكان ذكر هذه كرامة استدراجا واعلم ان القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود ولا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغني عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكروا لولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزاني اقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعديل الشهود اهدار علمه بعد انهم فوجب اعتباره (قوله قال في الاصل) أي قال اذا وصف

(قوله وقالوا رأيناها وطئها) هذا جواب عما هو وقوله كليل في المكحلة جواب كيف هو مبسوط المكحلة

يحبس حتى يسأل عن الشهود للالتزام بالجناية وتوقد حيس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف  
الدينون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسياتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال (والاقرار ان يقر  
البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر) كما أفرد القاضى فاشتراط  
البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر أو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند  
الشافعى يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بإسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يغيذ زيادة

الشهود والاشياء المذكورة يحبس القاضى المشهود عليه بالزنا الى أن يسأل عن عدالة الشهود لانه  
متهمم وقد يررب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط وليس عشرين وع فيها يندرى  
بالشبهات فان قيل الاحتياط فى الحبس 'أظهر منه فى أخذ الكفيل أجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو  
تعزيره لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا لموجب الحد بعد وجب حبس المتهمين تعزيرا  
لهم جائز بخلاف ما اذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه قبل ظهور عدالة الشهود لان أقصى العقوبات  
بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز أن يفعل قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان  
بعد ثبوت عقوبته أغلظ وهذا هو الفرق الذى وعد المصنف بقوله وسياتيك الفرق وأما قوله حبس  
رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فاخرج أبو داود والترمذى والنسائى عن ابن زب عن حكيم عن أبيه عن  
جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا فى تهمة تزاد الترمذى والنسائى ثم خلى عنه  
حسنه الترمذى وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن عزال بن مالح قال أقبل رجلان من بنى  
غفار حتى زلا بضجنان من مياه المدينة وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر لهم سم فاصبح الغطفانيون وقد  
فقدوا بعيرين من ابلهم واتهموا الغفار بين فاقواهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحد الغفار بين  
وقال للآخر اذهب فالتس فلم يك الا يسير حتى جاء به ما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاحد الغفار بين  
استغفر لى فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ولك وقتك فى سبيله قال فقتل يوم البسامة  
(قوله والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات) قدم الثبوت بالبينته لانه المذكور فى القرآن  
ولان الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالقرار ولا بالتقادم ولا نهجته متعدية بقا اقرار فاصرو ولا بد من كونه  
صريحاً ولا يظهور كذبه ولذا قلنا لو أقر الاخرس بالزنا بكتابة أو إشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة وكذا الشهادة  
عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعى شبهة كماله شهدوا على مجنون انه زنى فى حال افاقته بخلاف الاعبى صح اقراره  
والشهادة عليه وكذا الخصى والعين وكذا لو أقر فظهر مجبوا أو أقرت فظهرت تغا وذلك بان تخبر النساء  
بانها ارتقاء قبل الحد وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة فى شهادة الشهود وبالشبهة يندرى الحد ولو  
أقر أنه زنى بخبر ساء أو أقرت أنها زنت باخرس لاحد على واحد منهما واختلف فى اشتراط تعدد الاقرار  
فتغاه الحسن وحامد بن أبى سليمان ومالك والشافعى وأبو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه  
واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجهوا لم يقل أربع مرات ولان الغامدية لم تقر بأربعاء وعاد  
ما عزا لانه شك فى أمره فقال له أبلك جنون وذبح كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا فى اشتراط  
كونها فى أربع مجالس من مجالس المقر فقال به علماء ونافاه ابن أبى ليلى وأجد فيما ذكره من واكتفوا  
بالاربعة فى مجلس واحد وما فى الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن أبي هريرة قال أتى رجل من المسلمين رسول الله

الله تعالى قال (والاقرار  
أن يقر العاقل البالغ  
صورة المسئلة ظاهرة  
على ما ذكره) قوله اعتبارا  
بإسائر الحقوق) يعنى فى  
سائر الحقوق العدد معتبر  
فى الشهادة دون الاقرار  
فكذلك ههنا

خشبتهما التى يتكلم بها والمكحلة بضمين وعاء الكحل والجمع مكاحل (قوله يحبس حتى يسأل عن الشهود)  
فان قيل الحبس ينال الاحتمال للدرء فينبغى أن لا يدرع كالحذ الكفيل منه قلنا حبسه ليس بطريق  
الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بتكالب الفاحشة فيحبسه تعزيرا (قوله فى أربع مجالس من  
مجالس المقر) وقال ابن أبى ليلى يقام بالاقرار أربع مرات وان كان فى مجلس واحد اعتبارا للاقرار  
بالشهادة بعله أنه أحد حتى الزنا (قوله اعتبارا بإسائر الحقوق) يعنى فى سائر الحقوق العدد معتبر فى الشهادة



(قول فان قال قائل الم يشبّ الحدي باقراره الخ) أقول هذه معارضة

زيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لاسرائل وتحقيقا للمعنى السرى ولا بد من اختلاف المجالس

وأخرج ثم أتاه الثالثة فقال مثل ذلك فامر به فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال أدخلت  
وأخرجت قال نعم فامر به أن يجمع هذه وغيرها مما يطول ذكره فظاهر في تعدد المجالس فوجب أن يحمل  
الحديث الاول عليها وان قوله فتحي تلقاه وجهه معدود مع قوله الاول اقرار او احد الانه في مجلس واحد وقوله  
حتى بين ذلك أربع مرات أى في أربع مجالس فانه لا ينافي ذلك وتددت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل  
عليه وأما الكلام مع المسكتين بمرّة واحدة فاما كون الغامدية لم تقرأ الامرة واحدة فمضوع بل أقربت أربعا  
يدل عليه ما عند أبي داود والنسائي قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون أن الغامدية وما عر  
بن مالك لورجها بعد اعترافهم لم يطلبها وانما رجاها بعد الرابعة فهذا نص في اقرارها أربعا غامدية في الباب  
انه لم ينقل تفصيلا لها والى واكثر ما يحذفون بعض صورة الواقعة على انه روى البرزاني مسنده عن زكريا  
ابن سليم حدثنا شيخ من قرين عن عبد الرحمن بن أبي بكر عن أبيه فذكره وفيه أنها أقرت أربع مرات وهو  
بردها ثم قال لها اذهبي حتى تلدى الحديث غير أن فيه مجهولا ولا يتميز جهالة بما يشهد له من حديث أبي داود  
والنسائي وأما كونه ردعا أربع مرات كان لاستراجه في عقله فان سلم لا يتوقف علم ذلك على الاربع  
والثلاثة موضوع في الشرع لابلاء الاعذار بكميات الشرط جعل ثلاثا لان عندنا لا يعدون المغبون والمرد  
يستحب أن يؤخر ثلاثا ليراجع نفسه في شبهة فلم تكن الاربع عددا معتبرا في اعتباره اقراره لم يؤخر رجاها بعد  
الثالثة ومما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك  
اقوله عليه السلام في حديث هزال انك قد قلتها أربعا فبين زنت وهو حديث أخرجه أبو داود والنسائي والامام  
أحمد بن زيد بن نعيم عن هزال عن أبيه قال كان معاوية بن مالك في حجر أبي فاصاب جارية من الخبي فقال له أبي  
انت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه أحمد قال هشام بن زيد بن نعيم عن أبيه أن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به  
قال صاحب التنقيح اسناده صالح وزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وأبو نعيم ذكر في  
الثقات أيضا وهو يختلف في محبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الاربع جماعة بالفاظ مختلفة فمنها  
ما ذكرنا ومنها في لفظ أبي داود عن ابن عباس انك قد شهدت على نفسك أربع مرات وفي لفظ ابن أبي  
شيبه ليس انك قد قلتها أربع مرات وتقدم في مسند أحمد عن أبي بكر رضى الله عنه أنه قال له بحضرة صلى  
الله عليه وسلم ان اعترفت الرابعة رجلك الآن في اسناده جابر الجعفي وكونه روى في الصحيح أنه رده مرتين أو  
ثلاثا فمن اختصار الراوى والافلاشك انه أقرأ بعاقوبه في ذلك اللفظ شهدت على نفسك يؤنس منه انه اعتبر  
الاقرار بالشهادة فسكأ وجب سبحانه في الشهادة على الزنا أربعا على خلاف المعتاد في غيره فكذا يعتبر في  
اقراره انزال السلك اقرار منزلة شهادة واحد ولم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه واذن فقوله في حديث  
العصيف فان اعترفت فارجها معناه الاعتراف المعهود في الزنا بناء على أنه كان معلوما بين الصحابة خصوصاً من  
كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة هذا ونقل من حديث أبي هريرة في استفسار

رسول الله عليه السلام أبك خبيل أبك جنون تلقينا ما يدركه الحد كما قال لعلاء وطهته الير جع عن الزنا الى  
الوطه فيسقط الحد به عنه وكما قال للسارق أسرق وما أخاله سرق والدليل عليه ما روى أن أبابكر رضى الله  
عنه قال لما سألنا أقر ثلاثا ان أقرت الرابعة رجلك فبنت أن هذا الحد كان ظاهرا عندهم ولانه لو كان  
لابلاء العذر لعلق الامر بثلاث لا بأربع كذا في الاسرار واعتباره بسائر الحقوق باطل فقد ظهر فيه من التغليط  
مالم يظفر في سائر الاشياء من ذلك أن النسبة الى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الافعال وشرط في أحد  
المتين من العدد مالم يشترط في سائرها وكل ذلك للتغليط فكذلك اعتبار الاقرار كذا في المبسوط (قوله ولا بد  
من اختلاف المجالس) لاسرور ينأزاد به قوله الى أن يتم الاقرار منه أربع مرات في أربع مجالس فعنده أى

لما رويانا من الله صلى الله

عليه وسلم انما اقامته الى

انتم الاقرار منه اربع

مرات في اربع عشرة مجلسا

(ولان لاتحاد المجلس انرا

في جميع المنقرقات فعنده)

اي عند الاتحاد (تتعلق

شبهة الاتحاد في الانفراد) الا

تري الى ما جاء في حديث

ما عزم من اقراره خمس مرات

وكان منها مرتان في جهة

واحدة فلم تعتبر ذلك ولم

يذهب اليه احد من

المجتهدين (والاقرار قائم

بالمقرفة تبر اتحاد مجلسه)

في دفع الحسد وفي بعض

النسخ فيعتبر اختلاف

مجلسه اي في وجوب الحد

وتيل يعتبر بمجلس القاضي

ورده المصنف بقوله دون

بمجلس القاضي وقوله

(والاختلاف بان برده

القاضي) ظاهر وقوله (لان

تقادم العهد يمنع الشهادة

دون الاقرار) دليله ان

التقادم في الشهادة مانع

لتهمة الحق وهو غير

موجود في الاقرار

وسياتي بيان التقادم في

باب الشهادة على الزنا

قال المصنف (ولان الشهادة

الى قوله لا امر الزنا) اقول

ليس فيه اثبات للتقدير

بالقياس بل اثبات الزيادة

على الواحد بلا تعيين عدد

اذ بذلك يتم نفي مذهب

الشافعي فتأمل قال المصنف

(وقيل لوساها جازا) اقول

قال الزبلي وادعاه انه يساه

لاحتمال انه ينفذ في مساه

لما رويانا لان لاتحاد المجلس انرا في جميع المنقرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر  
فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بان برده القاضي كما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم  
يجيء فيقر هو المروي عن أبي حنيفة لانه عليه السلام طرد ما عزم في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال  
(فاذا تم اقراره اربع مرات ساه عن الزنا ما هو وكيف هو وان زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحسد) انما  
الخطوة، معنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان  
تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لوساها جازا لانه زنى في صباه (فان رجوع المقر عن اقراره

ما عزمه رجه بعد الخامسة وتاويله انه عدد احاد الاقرار فان فيها اقرارين في مجلس واحد كما قدمنا في الجمع  
فكانت خسافان قبل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغي ان يلغنه الرجوع ولكن في مجلس الاقرار الموجب  
ولو كان الاقرار الموجب هو الاول للغنه بعده لانه يطلقه مختارا في اطلاقه ليزهد وقد لا يرجع هكذا يوما بعد  
يوم وهذا لما علمت ان اقامة مخاطبها الامام بالنص اذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه ان يفعلها والافان  
المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل رجوعه فاجاب السبب بمقيد بعدم الرجوع قبل اقامته وهذا  
لا يوجب جواز رده واخراجها ليزهد ويرجع وقد لا يرجع بل يذهب الى حال سبيله وهو مصر على الاقرار  
غير انه يقول في نفسه ان الاقرار بهذا الحق لا يوجب شيئا على الامام فيجلس في بيته مصر على اقراره غير راجع  
عنه خصوصا في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس بعد واما ما روي ان الغامدية قالت له عليه  
الصلاة والسلام اتريد ان تردني كجرددت ما عزم او الله انو لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل لما قالته قال  
أمالا فاذهبي حتى تلدى فلما ولدت آتته بصبي في خرفة فقالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فارضعيه حتى تغطيه  
فلما فطمته آتته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يابني الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبي الى رجل  
من المسلمين ثم امرها بالخفر الى صدرها و امر الناس ان يرجوها فرجوها فنفسل خالد بن الوليد بحجر فرمى  
رأسها فنفخ الدم على وجهه خالدها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبها ياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي  
بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس اغفر له وليس في هذا انه اعترف وقوله انما بردها غايته الامر انه ردها  
ونجها الى ولادتها ثم ردها الى نظامها لا اتفاق الحال بان تثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا سبب ظاهر في خصوص  
هذا الرد واعلمها كما رجعت اليه بصدر منها ما هو اقرار اذا لا بد ان يقع في مجلسها شيء مما هي بصدره هذا ولم  
يكن ما تقدم مما يفيد ان اقرارها كان اربا غير انه لما كان المجلس جامعاً للمنقرقات حتى بعد الواقع فيه  
واحد ا وكان المقام مقام الاحتياط في البرء اعتبر في الحكم تعدد الاقرار برده في المجلس المقررون القاضي  
لانه الذي به يتحقق الاقرار به فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر في مجلس واحد حتى لو جاؤا في مجلس  
حدوا لانها كلام جماع حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فامكن فيه اعتبار  
الاتحاد في اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط وأما ما قيل ان اشتراط الاربع في  
الشهادة لان الشاهد يتهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصالح ممنوعة قبل الاشك في الصدق وأصل  
التعدد وانما لزم حتى لزم الاثنان لا مكان النسيان فيذكره الاستحالة للتهمة وزوالها بالاستحالة بشرط في  
النساء كذلك أيضا بالنص قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى غير ان المرأة انما تتخاطب المرأة لا الرجل  
الاجنبى فلزمت الاخرى لتذكرها (قوله لانه عليه السلام طرد ما عزم في كل مرة حتى توارى بحيطان  
المدينة) لا يعرف بهذا اللفظ وأقرب الالفاظ اليه ما ذكرنا من حديث ابن حبان انه طرد ما عزم فارجع  
اليه (قوله فاذا بين ذلك) أي على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول

فعند اتحاد المجلس (قوله فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي) أي اتحاد مجالس المقر غير في عدم الوجوب  
دون اتحاد مجلس القاضي (قوله والاختلاف بان برده القاضي كما أقر) بان يقول أبلغ خبل أبلغ جنون كما  
مر من اغطاء الحديث وفي الايضاح وينبغي للامام أن يرجعه عن الاقرار ويظهر السكر اهله ويا من يتبعه

قبل إقامة الحد أو في وسطه قبل رجوعه ونحلي سبيله) وقال الشافعي وهو قول ابن أبي ليلى يقيم عليه الحد لانه  
وجب الحد باقراره فلا يبطل رجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان  
الرجوع خبر محتمل للصدق كالقرار وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق الشهادة في الاقرار بخلاف ما فيه حق  
العبد وهو القصاص وحد القذف لو جرد من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع (ويستحب للامام  
أن يلقن المقر الرجوع فيقول له اهلك لمست أو قبلت) لقوله عليه السلام لما عز لعلك لمستها أو قبلتها قال  
في الاصل وينبغي أن يقول له الامام اهلك تز وجتها أو وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

متى زنت وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك القائدة فاذا لم  
يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة وجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيد كره المصنف  
في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال ابن زينت لانه قد يبرهن من لا يحبو طئها كما ذكرنا في جارية ابنه  
بخلاف ما لو قال في جوابه لا أعرف التي زنت بها فانه يحذر لانه أقر بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فصله زنا بل  
نضمن اقراره أنه لا ملك له في المزية لانه لو كان يعرفها لان الانسان لا يجهل زوجته وأمتها والحاصل أنه اذا أقر  
أو بع مرات أنه زني بأمرأة لا يعرفها يحسد وكذا اذا أقر أنه زني بغلانة وهي غائبة يحسد استفسانا الحديث  
العسيف أنه حده ثم أرسل الى المرأة فقال فلان اعترفت فار جهاولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال أن  
تذكر مسقطا عنه وعنها ولا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع  
الشهود لان كلامهم شبهة الشهادة ولا يندري الحد ولو أقر أنه زني بغلانة وكذبته وقالت لا أعرف فلا يحسد  
الرجل عند أبي حنيفة ولا يحسد على هذا الخلاف اذا أقرت أنم بازنت بغلانة فأنكر فلان تحدهي عندهما  
لا عنده (قوله وقال الشافعي يقيم عليه الحد) وهو قول ابن أبي ليلى والمسطور في كتبهم أنه لو رجع جمع قبل  
الحد أو بعد ما أقيم عليه بعضه سقط وعن أحمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان فاستغنيا عن  
تحرير دليل الشافعي وعلى تقديره فقول كما اذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد الثبوت كالأول  
فرض أنهم شهدوا عليه وهو سأك فلما سألهم الحاكم الاسئلة الخمسة وقعت الخجة أنكر ولا ينبغي أنه تكلف  
والحق أن الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل وصحته شرعا حكم فيجب كون المحل الذي هو الاصل  
رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس بمنتهى الشهادة نعم في القصاص وحد القذف يعني لو أقر بجم حاتم رجع  
لا يقبل فكذلك لا يقبل في الزنا وانما الرجوع خبر محتمل للصدق وليس أحد يكذبه فيه فتتحقق به الشهادة  
في الاقرار السابق عليه فيندري بالشبهة لانه أرجح من الاقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من  
القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه في اخباره الثاني فينعدم أثره في اخباره الاول بالسكينة (قوله  
ويستحب للامام أن يلقن المقر الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام لما عز لعلك لمستها) روى في حديث  
ما عز لعلك لمستها لعلك قبلتها وعند البخاري لعلك قبلت أو غزرت أو نظرت وقال في الاصل ينبغي أن يقول له  
هلك تز وجتها أو وطئتها بشبهة والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره دار ثا للحد ليدكره كائنا ما كان كما قال  
أيضا عليه الصلاة والسلام للاسارق الذي جى به اليه أسرق وما أخاله سرق

وقوله ( كما اذا وجب  
بالشهادة ) يعني أن الحد  
لا يبطل بانكار المشهود  
عليه بعد شهادة الشهود  
عليه فكذلك لا يبطل بانكاره  
بعد الاقرار لانهما محتملان  
فيه فتعتبر احدهما  
بالآخرى فصار كالقصاص  
وحده القذف لا يقبلان  
الرجوع بعد الثبوت  
بالاقرار وقوله ( فتتحقق  
الشبهة في الاقرار ) يعني  
بالتعارض الواقع بين  
الخبرين المحتملين للصدق  
والكذب من غير مرجح  
لاحدهما وقوله ( وهذا  
قريب من الاول في المعنى )  
أي قوله لهلك تز وجتها أو  
فوطئتها بشبهة قريب من  
قوله لهلك لمستها في المعنى  
من حيثان كل واحد  
منهما تلقين للرجوع كإثباته  
لوقال في كل واحد منهما نعم  
سقط الحد

لماروى عن النبي عليه السلام انه طرد ما زوا عن عمر رضى الله عنه أنه قال طردوا المعترفين يعني في الزنا  
(قوله كما اذا وجب بالشهادة) يعني أن الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذلك لا  
يبطل الاقرار بانكاره لانهما محتملان فيه فيعتبر أحدهما بالاخر قلنا أن انكار المشهود عليه شرط صحة قبول  
البينة وشرط صحة الشيء لا يكون مبطالا (قوله ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع) أي ليس أحد يكذبه  
فيه فيتعارض كلاماه الاقرار والرجوع وكل واحد منهما محتمل بين الصدق والكذب والشبهة تثبت  
بالمعارضة فيسقط الحد ولو جرد من يكذبه (وهذا قريب من الاول) أي قوله لهلك تز وجتها أو  
وطئتها بشبهة قريب من قوله لهلك لمستها أو قبلتها في المعنى من حيث أن كل واحد منهما تلقين للرجوع

\*(فصل) في كيفية الحد واقامته (واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجه بالحجارة حتى يموت) لانه عليه الصلاة والسلام رجه ماعز اوقدا حصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم قال

\*(فصل في كيفية اقامة الحد) بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفية (قوله) واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا) هذا من الاحرف التي جاء القاعل منها على مفعول بفتح العين يقال احصن يحصن فهو محصن في الغاظة معدودة هي اسهب فهو مسهب اذا طال وأمعن في الشيء ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرض عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال أكره أن أكون من المسهبين بفتح الهاء وألجج بالفاء والجيم افقتر فهو ملجج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسر هاء أيضا اذا أفلس وعليه دين (قوله رجه بالحجارة حتى يموت) عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان أنكروا حجة اجماع الصحابة فحسب مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي وان أنكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجة خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي وجود حاتم والآحاد في تفاصيل صورته وخصوصياته أما أصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشفهم عمر رضي الله عنه وكاشفهم حيث قال خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بتركه فريضة أنزلها الله الأولان الرجم حق على من زنى وقد أحصن اذا قامت البينة أو كان الحبس أو الاعتراف رواه البخاري وروى أبو داود أنه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمد صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجننا من بعده واني خشيت أن يطول بالناس زمان فقول قائل لا نجد الرجم في الحديث وقال لولا أن يقال ان عمر زاد في الكتاب لكتبته على حاشية المصحف وفي الحديث المعروف أي المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة وأبي هريرة وابن مسعود في الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الشيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المغارق للجماعة وروى الترمذي عن عثمان أنه أشرف عليهم يوم الدار وقال أشدكم بالله أن تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتياد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلاهم تقتلون الحديث قال الترمذي حديث حسن ورواه الشافعي في مسنده عن عثمان لا يحل دم امرئ مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وأبو داود والدارمي وآخرجه البخاري عن فعله صلى الله عليه وسلم من قول أبي قلابه حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدنا قط الا في ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل ورجل زنى بعد احصان ورجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك في رجم عمر وعلى رضي الله عنهما ولا يخفى أن قول الخرج حسن أو صحيح في هذا الحديث يراد به المن من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند وذلك لا ينفي في الشهرة وقطعية الثبوت بالتفاقر والتقبول والحاصل أن انكاره انكار دليل قطعي بالاتفاق فان الخوارج لو جوبن العمل بالتواتر بمعنى أولفظة كسائر المسلمين الا أن انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين وترك التردد الى علماء المسلمين والرواة أوقعهم في جهالات كثيرة لحفاء السمع عنهم والشهرة والذاهين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس في

لما أن في كل واحد منهما قال نعم يسقط الحد والله تعالى أهل بالصواب

\*(فصل في كيفية الحد واقامته) (قوله في الحديث المعروف) وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وهو حديث معروف (قوله وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم) أي على وجوب الرجم اذا كان الزاني محصنا رجه

\*(فصل في كيفية الحد واقامته) ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فخره ذكره وكلامه واضح وقوله (وعلى هذا اجماع الصحابة أي على وجوب الرجم اذا كان الزاني محصنا وذهب الخوارج الى أن الحد في الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون اخبار الآحاد وذلك خرق منهم للاجماع على أن حديث ماعز مشهور تلقته الامة في الصدور

(قوله) وعلى هذا الى قوله على أن حديث ماعز رضي الله عنه) أقول في المبسوط أما الرجم فهو حد مشرور في حق المحصن ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار اذا لم تكن في حيز التواتر فالتسريح ان أراد بقوله على أن حديث ماعز الخ الرد على الخوارج كما هو الطاهر ففيه بحث لا يخفى في

(ويخرج به الى أرض فضاء ويتبدى الشهود برجهم ثم الامام ثم الناس) كذا روى عن علي رضي الله تعالى عنه ولان الشاهد قد يتعاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدائه احتيال للرد وقال الشافعي رحمه الله لا تشترط بدائه اعتبار بالجلد قلنا كل أحد لا يحسن الجلد فيرعى ما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اطلاق

كتاب الله ألزمهم باعداد الركات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا أيضا فعله هو والمسلمون (قوله ويخرج به الى أرض فضاء) لان الحديث الصحيح قال فرجناه يعني ماعز بالمصلي وفي مسلم وأبي داود فانطلقنا به الى بيعس الغرق لان المصلي كان به لان المراد مصلي الجنائز فينتقى الحديثان وأما ما في انترمدى من قوله فامر به في الرابعة فخرج الى الحرة فرجم بالجارة فان لم يتاول على انه اتبع حين هرب حتى أخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسان متطافرة على أنه انما صار اليها هاربا لأنه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض للمضيق (قوله ويتبدى الشهود برجهم ثم الامام ثم الناس) وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود وعليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما تراه في المشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال لالا كل والأصحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة في درة الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في امتناع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية بالمبسوط وقال الشافعي رحمه الله ليس شرط اعتبارا بالجلد يعني اذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في اقامة الحد ابتداء الشهود وأجاب المصنف بالفرق بان الجلد لا يحسنه كل أحد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق بخلاف الرجم فان المقصود منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتداءهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع لاحقاؤه وأما ثبات المذهب فبقول علي رضي الله عنه بناء على وجود تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لانه عليه بان امتناعهم دالة الرجوع فان الشاهد بما يتساهل في الاداء فعند مباشرة القتل يتعاطم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لانه دالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندري الحد على ما عرف وسيأتي انما يصح بناء على أن الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمله احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس خور الطباع عن القتل حتى يتمتع كثير عن ذبح المباح كالأصحية والدجاجسة فكيف بالاعلى فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهرا فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لادالته وهو غلط لاننا لم نشترط الابتداء بقتله بل برسمه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه اماراة لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع شبهة لان الثابت شبهة في الشهادة لاشبهة الشبهة فيها وحين لم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قد فاقه شبهة بخلاف صريح الرجوع فان به يظهر أن تلك الشهادة قد فذف بلا شبهة فيجده هناك ولا يحد بدلالة الرجوع اذا لم تكن دالة قطعية يوجب مدلول قطع الثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا وأما ثبوت ذلك عن علي رضي الله عنه فمأخر ابن أبي شيبة رحمه الله قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عليا كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجعوا ثم يرجع هو ثم يرجع الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجعت الناس بعده قال وحدنا أبو نوح خالد الأحمر عن الخجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن بن حدمش روى في حق المصنف نابت بالسنة الاعلى قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار

الاول بالقبول والزيادة على الكتاب عنه جائرة

قال المصنف ويتبدى الشهود برجهم الخ (أقول في المبسوط لكننا نستدل بحديث علي كرم الله وجهه فانه لما أراد أن يرجم شرارة الهمدانية قال الرجم رجم رجم رجم سر ورجم علانية فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها وتعرف بذلك فيبدأ به الامام ثم الناس ورجم السر أن يشهد أربعة على الرجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الامام ثم الناس اه وفي محيط السر خشي بعد هذا الكلام وقول الصحابي فيما لا يدرك بالقياس بجهة بالاجماع اه



وقوله (فان امتنع الشهود) قال في الايضاح ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غائباً أو مات بعضهم أو عي بعضهم أو خرس أو جن أو أوتد أو قذف فحمل رجم المشهود عليه في قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد والرواية عن أبي يوسف وروى عنه أنهم إذا امتنعوا أو غابوا رجم الامام ثم الناس وكذا في الذخيرة أيضاً فعلى هذا ما عنيده بظاهر الرواية راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الخ وليس يختص بقوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا أو إذا سقط بامتناع أحدهم هل تحذف الشهود أو لا ذكر (١٥) في المبسوط أنه لا يقيم الحد على الشهود لأنهم ثابتون على الشهادة وإنما امتنع

وقوله واحدى الروايتين عن أبي يوسف) أقول ولم يذكر عن أبي يوسف رواية غير هذه (قوله فعلى هذا ما عنيده بظاهر الرواية الخ) أقول في المبسوط وعن أبي يوسف قال يؤمر الشهود بالبداية إذا كانوا حاضرين حتى إذا امتنعوا لا يقيم الرجم فإذا ماتوا أو غابوا يقيم الرجم هنالكة تدعى بالبداية بهم بسبب لا يلحقهم فيه ثمرة فلا يمنع إقامة الرجم كالأقوال على الأبدى أو مرضى أو عاجزين عن الحضور بخلاف ما لو امتنعوا لأنهم صاروا منهمين بذلك وإنما نقول حين كانوا مقطوعى الأبدى في الابتداء لم يستحق البداية بهم لتعذر فاما هنا فقد استحق البداية بهم لتيسر ذلك عند الحكم فإذا تعذر ذلك بالموت أو الغيبة لا يقيم الحد كقول تعذر بامتناعهم ونحن نقول فعلى هذا التقييد بظاهر الرواية أو غابوا كما هو الظاهر المتبادر من كلامه افتداء بما في المبسوط (قوله واعلم أن

(فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لانه دلالة الى جوع وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية لغوات الشرط (وان كان مقرراً ابتداء الامام ثم الناس) كذا روى عن علي رضي الله عنه وروى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحصاة وكانت قد اعترفت بالزنا

عبد الله بن مسعود عن علي رضي الله عنه قال أيم الناس ان الزنا زنا السر وزنا العلانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرى ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية أن يظهر الجبل أو الاعتراف فيكون الامام أول من يرى قال وفي يد ثلاثة أحجار فرما على حجر فاصاب صدغها فاستدارت ورمى الناس بعده وروى الامام أحمد في مسنده عن الشعبي قال كان لشراحتز وج غائب بالشام وانما جلت فجاء بها مولاه فقال ان هذه زنت فاعترفت فخلدها يوم الخميس ووجهها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وأنا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لسكان أول من يرى الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته بحجره ولو كنهن أقرت فأنأ أول من يرميها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي عن الاجلج عن الشعبي عن علي وفيه أنه قال لها العله وقع عليك وأنت نائمة قالت لا قال فلعله استكرهك قالت لا قال فامر بها فبست فلما وضعت يافى بطنها أخرجها يوم الخميس فضر بها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرجسة وأحاط الناس بها الحديث وفيه أيضاً أنه صغفهم ثلاث صغوف ثم رجمهم فرجمهم ثم صغف ثم صغف وأورد أن اثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على النص بما هو دون خبر الواحد واصلاح الاراد أنه تقييد للقطعي المطلق فكان ككتييد مطلق الكتاب به والجواب أن الحكم لقطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرته بالشبهة فاذا دل دليل ظني على ان البداءة شرط لزم أن عدمها شبهة فينظر في به الحد بحكم القطع بوجوب دوء هذا الحكم القطعي بالشبهة وموت الشهود ومسقط أو أحدهم وكذا إذا غابوا أو غاب أحدهم في ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن أبي يوسف أن بداءتهم مستحبة لا مستحقة فاذا امتنعوا أو غابوا أو ماتوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كالأقوال أحدهم أو عي أو خرس أو فسق أو قذف فخلا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل إقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحد ودوء هذا اذا كان محصوا في غير المحصن قال الحالك في السكافي يقيم عليه الحد في الموت والغيبة ولو كان أحدهم مقطوع البدن أو مريضاً لا يستطيع الرمي وحضر ورمى القاضي ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الإقامة وقد يقال اذا كان شرطاً لغوات الشرط كيف كان يمنع المشروط وأيضاً عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الآن شمس الاثمة فرق بانهم اذا كانوا مقطوعى الأبدى لم تستحق البداءة بهم وأما هنا فقد استحققت فاذا تعذر بالموت أو الغيبة صار كالأقوال امتنعوا وهذا تقييد لشرطية بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك أن المعنى المسقط يجمعها ومما يبطل الشهادة ويسقط الحد أن يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد من البيئة مرة يسقطه أبو يوسف لان سقوطه في الوجه الاول كان لان شرط الشهادة عدم الاقرار فغات الشرط قبل العمل بها وقد علم أن الامضاء من القضاء في الحدود فكان الاول وخالف محمد رحمه الله (قوله وان كان مقرراً ابتداء الامام ثم الناس) كذا روى عن علي رضي الله عنه وهو ما ذكرناه اذا لم يكن في حيز التواتر (قوله وكذا إذا ماتوا أو غابوا في ظاهر الرواية) احتراز به عما روى عن أبي يوسف

ظاهر الرواية يفرض الى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فنامل) أقول في صورة الموت والغيبة احدهما شبهة الامتناع عن البداية والثانية كون الامتناع رجوعاً فالتامل وفي محيط السر خسي وروى عن محمد لو كان الشهود مقطوعى الأبدى أو مرضى لا يستطيعون الرمي فان الامام يرى ثم الناس لان فوات البداية باعتبار عذر ظاهر لا يورث تهمته بخلاف الموت والغيبة لانه من الجائز أن لو كان حيا تعرض عليه الرمي بمنع عن ذلك اه الآن المفهوم من قول المصنف لغوات الشرط خلاف ما ذكره الشارح (قوله وفي حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس

(ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه السلام في ما عزا صنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولأنه قتل بحق

آثاق قوله ورمى عليه الصلاة والسلام الغامدية بجمعة مثل الجصتر واه أبو داود عن زكريا بن عمران قال سمعت شيئا يحدث عن أبي بكر عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فغفر لها إلى السرة ثم ذكر اسنادا آخر وزادتم رماها بجمعة مثل الجصتر ثم قال رماوا وتقوا الوجه فلما طفت أخرجهما وصلى عليهما ورواه النسائي والطبراني والبرزوقي مجهول وأنت تعلم أنه لو تم أمر هذا الحديث بالجمعة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رضي الله عنه وأعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الإمام لا يحل للقوم رجحه ولو أمرهم لعلمهم بقوات شرط الرجم وهو منتف بجمعة ما عزر فان القطع بأنه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجحه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام ويمكن الجواب بأن حقيقة ما دل عليه قول علي أنه يجب على الإمام أن يأمرهم بالابتداء اختيار الثبوت دلالة الرجوع وعدمه وإن يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس أنه لم يقصر في أمر القضاء بأن لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت أمانة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارنة فكان البدء في معنى الشرط اذ لم يمتنع عن عدمه لعدم لانه جعل شرطاً بذاته وهذا في حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجحه دليلاً على سقوط الحد اذ لم يبدأ (واعلم) أن مقتضى ما ذكرناه لو بدأ الشهود فيها اذ ثبت بالشهادة يجب أن يثنى الإمام فلو لم يثنى الإمام بسقط الحد لا اتحاد المأخذ فبهما قالوا ويستحب لكل من رجم أن يقتصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا أن يكون ذارحهم حرم منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه (قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ما عزا صنعوا به الحديث) وروى ابن أبي شيبة عن أبي معاوية عن أبي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن أبي بردة عن أبيه بريدة قال لما رجم ما عزا قالوا يا رسول الله ما صنع به قال صنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والخنوط والصلاة عليه وأما صلته عليه الصلاة والسلام على الغامدية فآخرجه الستة الا البخاري من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة أتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله أصبت حدا فأقمه علي الحديث بطوله الى أن قال فأمرهم فخرجت ثم صلى عليها فقال له عمر أتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد نابت قوبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لو سعتهم وهل وجدت قوبة أفضل من أنها جاءت بنفسها لله وفي صحيح البخاري من حديث جابر في أمر ما عزا قال ثم أمر به فرجم وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قبل البخاري قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم أبو داود وصححه وأما ما رواه أبو داود من حديث أبي برزة الاسلمي أنه صلى الله عليه وسلم لم يصل على ما عزا ولم يمه عن الصلاة عليه فغفر لها بجمعة فان قيسه عن أبي بشر أنه قال حدثني نفر من أهل البصرة عن أبي برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في ما عزا وقاله خير ولم يصل عليه معاوض صريح في صلته عليه لكن المأثبات أولى من النافي لكن على أصول الحنفية وهو ان النبي اذا كان من جنس ما يعرف بدليل يساوي الاثبات ويطلب الترجيع بغيره لا ينتهز لان هذا النبي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك أن الصحابي اذا شهد الصلاة بجمعة علم عدم صلته عليه الصلاة والسلام أو صلته فطلب الترجيع بغير ذلك وعن هذا ذهب مالك الى أنه صلى عليه غير الإمام والحاصل أن الصلاة عليه شرعاً لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصاً بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهداً ولا يظهر زيادة تشريع بغيره بقيام أثر الشهادة يوم القيامة وأما أنه عليه الصلاة والسلام صلى على ما عزا في حيز التعارض والغامدية ممن بنى غامد حى من الأزدة المبرد في الكامل

بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعاً عن الشهادة على الزنا وعلم ان ظاهر الرواية يقتضي الى اعتبار شبهة الشبهة وهي غير معتبرة فتأمل والغامدية امرأة من غامض حى من الأزدة في حديثها لقد نابت قوبة لو نأجها صاحب مكس لغفر له

لغفر له (أقول يعني المكس وهو العشار والمكس ما أخذ

رحمة الله تعالى عليه فانه ذكر في الايضاح ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيباً أو ماتوا أو مات بعضهم أو عفى عنهم أو خرس أو جن أو أوتد أو قذف مسلماً فضرر الحد لم يبرجم المشهود وعليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأحدى الرايتين عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه وروى أنهم اذا امتنعوا وغابوا رجم الإمام فلا

وقوله (الا أنه انسخ في حق المحسن) بيانه ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا (١٧) الآية عام في المحسن وغيره الا أنه انسخ في حق

المحسن بآية أخرى نسخت  
تلاوتهم وبقى حكمها وروى  
ابن عباس أن عمر بن الخطاب  
رضي الله عنه خطب فقال  
ان الله بعث محمدا صلى الله  
عليه وسلم بالحق وأمر عليه  
الخطاب فكان فيما أنزل  
عابسه آية الرجم فقرأها  
ووعيناها ورجم رسول الله  
صلى الله عليه وسلم  
ورجمنا من بعده وإن خشيت  
ان طل بالناس الزمان  
أن يقول قائل ما نجد آية  
الرجم في كتاب الله فيضلوا  
بترك فرضه أنزلها الله  
عز وجل فالرجم حق على  
من زنى من الرجال والنساء إذا  
كان حصنا أو قنطرة أو  
كان حبل أو اعتراف وأيم  
الله لو لأن يقول الناس زنا  
في كتاب الله لكتبنا يريده  
الشيخ والشحنة إذا زنا  
فارجوها البتة نكالا  
لله والله عز وجل يحكم  
خطبته هذه بحضرة الصحابة  
ولم ينكر عليه أحد فكان  
هذه الآية نسخت حكم  
عوم قوله تعالى فاجلدوا في  
غير المحسن وانسخ  
تلاوتها بصرفها عن  
القول لحكمة يعلمها الله  
وقوله (بسوط لا ثمرة) قال  
في الصحاح ثم السباط عقد  
أطرافها ومنه يامر الامام  
بضربه بسوط لا ثمرة يعني  
العقدة وقبل المراد بالثمرة  
(قوله فكان هذه الآية  
نسخت عوم قوله تعالى

فلا يسقط الغسل كما يقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجت (وان لم يكن محصنا  
وكان حرا لخدمه مائة جلد) لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلد الا أنه انسخ في  
حق المحسن فبقى في حق غيره معه ولا به قال (يامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضرر بامتوسطا) لان عليا  
وفي كتاب أنساب العرب غامد بطن من خزاعة وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين أن امرأة من جهينة  
(قوله) وان لم يكن محصنا وكان حرا لخدمه مائة جلد لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما  
مائة جلد) وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداعية فيها أكثر ولولا ذلك لكانت لم يزن  
وهذا عام في المحسن وغيره نسخت في حق المحسن قطعوا يكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه  
وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو أولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشحنة إذا زنا  
فارجوها البتة نكالا من الله والله عز وجل يحكم اعدام القطع بثبوت كونهم اقرا بآثارهم انساخ تلاوتها وان ذكرها  
هم وسكت الناس فان كون الاجماع السكوني حجة مختلف فيه وبقدر حجته لا يقطع بان جميع المجتهدين  
من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق في ذلك الى عمر رضي الله عنه اذ علم قال على رضي الله  
عنه فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة من انزلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمها بسنة  
رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك أنه قائل بعدم نسخ  
عوم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد في حق المحسن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ويستدل بقوله عليه  
الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالجارية وفي رواية أبي داود وروى بالجارية وسباني الكلام  
عليه (قوله بسوط لا ثمرة له ضرر بامتوسطا) قيل المراد بثمر السوط عذبه وذنبه مستعاره من واحدة  
ثمر الشجر وفي الصحاح وغيره عقدا طرفه ورجح المطرزي ارادة الاوّل هنا لما ذكر الطحاوي ان عليا جلد  
الوليد بسوط له طرفان أربعين جلد فكانت الضربة ضربتين وفي الايضاح ما يوافقه قال ينبغي أن لا يضرب  
بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها قصير كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرة  
له أي لا عقدة عليه وقول المصنف في الاستدلال عليه لان عليا لما أراد ان يقيم الحد كسر ثمرة لا يحتمل الوجه  
الاول اصلا بل أحد الامر من اما العقدة واما تليدين طرفه بالحق اذا كان يابس او هو الظاهر وروى ابن أبي  
شيبه حدثنا عيسى بن نونس عن حنظلة السدوسي عن أنس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرة  
ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلته في زمن من كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب والحاصل أن  
المراد أن لا يضرب به وفي طرفه يابس لانه حينئذ يجرح أو يروح فكيف اذا كان فيه عقدة ويغيب ذلك  
ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن أبي كثير أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أنى أصبت  
حدا فاتم على فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فأتى بسوطا شديدا ثمرة فقال سوط دون هذا فأتى بسوط  
مكسورا لين فقال سوط فوق هذا فأتى بسوطا بين سوطين فقال هذا فامر به فجلد ورواه ابن أبي شيبه عن زيد  
ابن أسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسوطا فذكروه ذكرا مالمالك في الموطن والحاصل أن يجنب كل من  
الثمرة بمعنى العقدة ومعنى الفرع الذي يصير ذنبين تعميما للمشتك في النبي لانه عين العدم ما تولى ونحوها بالثمرة  
ثم الناس كذا في الذخيرة فاذا كان الشهود مائة في البدن في الاصل لا تمتنع الإقامة بخلاف ما اذا قطعت  
أيديهم بعد الشهادة وفي الايضاح ولا يابس بكل من روى أن يتعمد قتله لانه المقصد من الرجم الا أنه اذا كان ذا  
رحم محرم من المرجوم فانه لا يستحب أن يتعمد قتله وقد روى عن حنظلة بن أبي عامر رضي الله عنه أنه استأذن  
رسول الله عليه السلام في قتل أبيه وكان كافر فأنعه عن ذلك وقال دعه يكفك غيرك ولانه مأمور بصلوة  
الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة الغامدية امرأة من غامد حتى من الازد والجلد ضرب الجلد ومنه جلد  
الجلاد (قوله بسوط لا ثمرة له) ثمرة السوط مستعاره من واحدة ثمرة الشجرة وهي عذبه وذنبه طرفه وفي  
المجمل والصحاح ثمرة السوط عقدا أطرافها ومنه يامر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعني العقدة والاول أصح

رضي الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرة والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لأفضاء الأول الى الهلاك وحلوا  
الثاني عن المقصود وهو الانزجار (وتنزع عنه ثيابه) معناه دون الأزار لان عليا رضي الله عنه كان يامر  
بالخبر يد في الحد ودون الخبر يد أبلغ في اتصال الألم اليه وهذا الحد مناه على الشدة في الضرب وفي نزع الأزار  
كشف العورة فبتوقاه (وبفرق الضرب على أعضائه) لان الجمع في عضو واحد قد يقضي الى التلف  
والحدوا جزوا متلف قال (الاراسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه السلام للذي أمره بضرب الحدائق الوجه  
والنذا كبر ولان الفرج مقلع والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن فوات شيء  
منها بالضرب وذلك اهلاك معني فلا يشرع حدا

فما يشا كل العقدة ليعم الجازما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان أولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه  
فيصير متوسطا (قوله بين الموضع وغير المؤلم) فيكون مؤلما غير موجد فانه أراد ابا الموضع المبرح  
والألم يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف الخلقه تفيف عليه الهلاك يجلد  
جلدا خفيفا بمثله (قوله وتنزع عنه ثيابه) الا الأزار ليست عورته وبه قال مالك وقال الشافعي وأحمد يترك  
عليه قميص أو قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضي التجرد وقول المصنف لان عليا كان يامر بالخبر يد في الحدود  
زاد عليه شارح الكنتز فقال صح ان عليا كان يامر بالخبر يد في الحدود فابعد عما قال المخرج انه لم يعرف عن  
علي بل روى عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه أتى رجلا في حد فضر به وعليه كساء قسطلاني فاعدا  
وأسنده الى المغيرة بن شعبه في الحدود أبلغ عن ثيابه قال لا الآن يكون فر وأومحوا وأسنده ابن مسعود  
لايجل في هذه الامه تجر يد ولاند (قوله وبفرق الضرب على أعضائه) لان جمعه في عضو واحد قد يغسله  
واستثنى الرأس والوجه والفرج وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للذي أمره بضرب الحدائق الوجه  
والنذا كبر ولم يحفظه المخرجون مرفوعا بل موقوفا على رضي الله عنه انه أتى رجلا سكران أو في حد فقال  
اضر بواعط كل عضو حقه وائق الوجه والنذا كبر واه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفهما وسعيد بن  
منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب انه قال وقد أتى رجلا اضر بواعط كل عضو حقه قال رونا  
هذا القول عن علي وابن مسعود والنخعي رضي الله عنهم ولا شك أن معنى ما ذكره المصنف في الصحاح من  
حديث أبي هريرة رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا ضرب أحدكم فليترك الوجه والنذا كبر ولا شك أن هذا ليس  
مرادا على الإطلاق لانا نقطع ان في حال قيام الحرب مع الكفار ولو توجه لا حد ضرب وجهه من يبارزه وهو في  
مقابلته حالة الجملة لا يكف عنه اذ قد يمنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا في حد قتل أو  
غير قتل وفي القتل صريح ما تقدم من رواية أبي داود من حديث أبي هريرة انه عليه الصلاة والسلام رجم  
امراة فغفر لها الى الشدة ثم قال ارموا واتقوا الوجه وحينئذ فلا شك أن قول عمر رضي الله عنه ما أعط  
كل عضو حقه كذا كره ابن المنذر هكذا مقتصر عليه عام مخصوص لانهم لا يريدان قطع ضرب الوجه  
والنذا كبر ولما كان ذلك معلوما لم يحتج الى ذكره مخصوص على أنه ذكر في رواية غيره عن علي رضي الله  
عنه كما حكاه أنفا وبما سمعته تعلم أن ما أورده المصنف دليل على بعض المطالبات والبعض الآخر وهو ضرب  
الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو أنه يجمع الحواس الباطنة فربما تفسد وهو اهلاك معني وهذا من

لما ذكر الطحاوي رحمه الله أن عليا رضي الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفي رواية له ذنبان أربعين جلدة  
وكانت الضربة ضربتين كذا في المغرب وكذلك تعليل الايضاح دليل عليه حيث قال وينبغي للقاضي أن يامر  
الجلد أن لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين والمشهور في الكتب لا  
ثمره أي لا عقدة عليه (قوله بين المبرح) برحاء الحمى وغير هاشدة الا الذي يقول برحاء الامير تبريحاً وثره ضرباً  
مبرحاً كذا في الصحاح (قوله وبفرق الضرب على أعضائه) ذكر في المتوسط ويعطى كل عضو حقه من الضرب  
لانه قد نال الذمة في كل عضو (قوله والنذا كبر) هي جمع الذك الذي هو العضو على خلاف القياس كأنهم

ذنبه وطرفه لانه اذا كان له  
ذلك تصير الضربة ضربتين  
وهذا أصح لما روى أن  
عليا رضي الله عنه جلد الوليد  
بسوط له طرفان وفي رواية  
له ذنبان أربعين جلدة  
فكانت الضربة ضربتين  
والاول هو المشهور في  
الكتب والمبرح مأخوذ من  
برحاء الحمى وغيرها يقال  
برحاء به الامر تبريحاً أي غلظ  
عليه واشتد والنذا كبر  
جمع الذك الذي هو  
العضو وهو جمع على  
خلاف القياس كأنهم  
فرقوا بذلك الجمع بين  
الذك الذي هو الفعل  
وبين الذك الذي هو  
العضو وانما ذكر بلفظ  
الجمع ههنا منع افراد قرينه  
وهو الوجه لانه أراد به ذلك  
العضو المعين وما حوله  
كقولهم شابت مفارق رأسه  
كذا في الصحاح

(قوله وهذا أصح لما روى  
الح) أقول فيه بحث اذ لا دلالة  
فيما ذكره على ما ادعاه أصلا  
كلا يخفى

وقال أبو يوسف رحمه الله بضرب الرأس أيضا رجوع اليه وانما يضرب سوط القول أبي بكر اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا وليه أنه قل ذلك فبين أبي بكر قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق (ويضرب في الحدود كلها فانما غير محدود) لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجل في الحدود قايما والنساء قعودا ولان مبني اقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير محدود فقد قيل المدان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان عدا السوط في رفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان عده بعد الضرب وذلك

المصنف ظاهر في القول بان العقل في الرأس الا أن يؤول وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية البيعة والاخذ في ظهره غير ثابت في كتبهم بسلى الذي فيها كقولنا وانما تلك رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه وأجيب بان المراد بالظاهر نفسه أي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وما استنبطناه من قوله صلى الله عليه وسلم اذا ضرب أحدكم فليترك الوجه وأنه في نحو الحد فاسوا داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رحمه الله في التعزير يضرب الظهر وفي الحدود الاعضاء والمذا كبر جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكور وذو كارة بمعنى العضو ثم جمعه باعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكر كما قالوا شابت مفارقة وانما لم يفرق واحدا (قوله وقال أبو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة رجوع اليه) بعد أن كان لا يقول لا يضرب كما هو المذهب الحديث أبي بكر الذي ذكره ورواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان أبا بكر رضي الله عنه أتى برجل اتقى من أبيه فقال اضرب الرأس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار أن رجلا يقال له صبيح قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر وأعدله عراجين النخل فقال له من أنت فقال أنا عبد الله صبيح فآخذ عمر رجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال أنا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمر رأسه فقال بأمر المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت أجدي رأسي وهذا في جواب المصنف بان ذلك كان في مستحق القتل ولو قلنا واقعة أبي بكر رضي الله عنه كانت فيه فان ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب أبي بكر الذي اتقى من أبيه هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن أبي يوسف أيضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن (قوله ويضرب في الحدود كلها) وكذا التعزير (فانما غير محدود) لقول علي رضي الله عنه الخ (روى عبد الرزاق في مصنفه قال أنشبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رضي الله عنه قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدا في الحدود (ولان مبني الحد على التشهير) رجلا لعامة عن مثله (والقيام أبلغ فيه) والمرأة مبني أمرها على الستر فيكتفى بتشهير الحد فقط بلا زيادة (وقوله غير محدود قيل المد أن يلقى على الارض كما يفعل في زماننا وقيل أن عدا السوط بان يرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن عده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد) وفي زيادة ألم وقد يفضى الى الجرح (وكل ذلك لا يفعل) فانه ممنود معهم في جميع معانيه لانه في النفي بخازن تعميحه وان امتنع الرجل ولم يقف يسيرا بلا من يبطه

فرقوا بذلك الجمع بين الذي هو النخل وبين الذي هو العضو ثم انما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع أفراد قرينه وهو الوجه لانه أراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم لشابت مفارقة رأسه كذا في الصحاح والمغرب وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه في ضرب الحد يتي الفرج والبطن والوجه والصدر ذكره في الذخيرة (قوله قال أبو يوسف رحمه الله يضرب الرأس أيضا) وفي الايضاح يضرب الرأس لان ضربه سوطا

وقوله (ومن دعا الكفرة)  
الدعاة جميع داع كالقضاء  
جمع قاض أى كان يدعو  
الناس اليهم وقوله (لانه  
زيادة على المستحق) قالوا لا  
أن يحجزهم عن الضرب فأن  
فلا بأس حينئذ أن يشدوا  
سارية ونحوها قال (وان  
كان عبدا) أو أمة (جلده)  
أى ان كان من رضى عبدا  
أو أمة بجلده الامام (خمين  
جلده لقوله تعالى) فان  
أتين بفاحشة (فعلين  
نصف ما على المحنات من  
العذاب نزلت في الامام)  
ودخل تحت حكمهما العبيد  
وهو خلاف المهود لان  
المهود أن تدخل النساء  
تحت حكم الرجال بطريق  
التبعية وكان هذا الاسلوب  
والله أعلم بناء على ان أسباب  
السفاح فيهن ودعوتهن اليه  
غالبية كما في تقديمهن في  
قوله تعالى الزانية والزاني  
ثم العذاب المذكور في  
الآية الجلد دون الرجم لانه  
لا يتنصف وقوله (لان  
الجناية عند توافر النعم  
أخفى) أصله قوله تعالى  
يانساء النبي من يات منكن  
بفاحشة مبينة يضاعف  
لها العذاب ضعفين وقوله  
(الماروينا) يعنى من حديث  
على رضى الله عنه يضرب  
الرجال في الجسد وديما  
والنساء قعدا

كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق (وان كان عبدا جلده خمسين جلدة) لقوله تعالى فعلين نصف ما على  
المحسنات من العذاب نزلت في الاماء ولأن الرق منقوص للنعمة فيكون منقضا للعقوبة لئلا الجناية عند توافر  
النعم أخفى فيكون أدعى الى التغليظ (والرجل والمرأة في ذلك سواء) لان النصوص تشملهما (غير أن  
المرأة لا ينزع من ثيابها الا الغرو والحشو) لان في تجر يدها كشف العورة والغرو والحشو يمنعان وصول  
اللام الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان (وتضرب جالسة) لما روينا ولانه أستر لها (وان حفر  
لها في الرجم جاز) لانه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية قالى ثدوتها وحفر على رضى الله تعالى عنه لسراحة  
الهمدانية وان ترك

على اسطوانة أو عسك (قوله وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعلين نصف ما على المحسنات من  
العذاب نزلت في الاماء) وهو أيضا ما يعرف من أول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى بتفصيل المناط  
فيرجع به الى دلالة النص بناء على انه لا يشترط في الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة  
تكفي فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب الذكور والنص عليهن  
فقط لان الكلام كان في تزوج الاماء بقوله تعالى فمن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتيانكم المؤمنات  
ثم حكمهن اذ زين ولان الداعية فيهن أقوى وهو حكمه تقديم الزانية على الزاني في الآية وهذا الشرط  
أعنى الاحصان لانه مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة أحصنوا ولم يحصنوا أو أسند أبو بكر الرازي عن  
أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامه اذ زنت ولم تحصن قال ان زنت  
فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحل والقائلون بفهم المخالفة يجوزون  
أن لا يراد بدليل يدل عليه ورى مسلم وأبو داود والنسائي عن على قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبوا  
الحدود على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لا حد عليها حتى  
تحصن بزواج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا أنه غير صحيح وقرئ اذا أحصن بالبناء للغافل وتوول على معنى  
أسان وحينئذ لم سبغناه نصف ما على المحسنات اذا أحصن لزم أن لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف ولان  
الرق منصف للنعمة فتتقص العقوبة لانه الجناية عند توافر النعم أخفى فيكون أدعى الى التغليظ لا ترى الى  
قوله سبحانه وتعالى يانساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين (قوله والرجل  
والمرأة في ذلك سواء) لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم والا فعلى كل الجلد أو أحدهما  
محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالينة أو الاقرار يكون على  
ما شرط وقوله غير أن المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا الحشو والغرو (ولان في  
تجر يدها كشف العورة) لان بدنهما كله عورة الاما عرف ووجهه ظاهر (وتضرب) المرأة (جالسا) لما  
روينا) يعنى من كلام على (ولانه أستر لها) (قوله وان حفر لها في الرجم جاز) لهذا ولان حفر عليه الصلاة  
والسلام للغامدية الى ثدوتها والشدة بضم الشاء والهزمة مكان الواو وبضمها مع الواو مفتوحة والدال  
مضمومة في الوجهين ثدى الرجل أو لحم الثديين وما قبل الثدي للمرأة والشدة للرجل هو غير صحيح  
بحديث الذي وضع سيفه بين ثديه (ولذا حفر على لسراحة الهمدانية) يسكون الميم وهي قبيلة كانت عربية  
على وقدم مدحهم وقال في مدحهم فلو كنت بوابا على باب الجنة \* لقلت لهمدان ادخل بسلام  
وتقدم حديث لسراحة وفيه من رواية أحمد عن الشعبي أنه حفر لها الى السرة ثم قال المصنف (وان ترك)

أوسطين لا يخشى منه الفساد (قوله وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعلين نصف ما على المحسنات  
من العذاب) والمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف والآية نزلت في الاماء والحكم في العبد كذلك بدلالة  
النص وانما خصص بالذكر لغلبة أسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه دون العبد واليه الاشارة في تقديم  
الزانية على الزاني بخلاف السارق والسارقة (قوله وان حفر لها في الرجم جاز) أى من حديث على رضى الله  
عنه والنساء قعدا الشدة بفتح الاول والواو أو الضم والهزمة مكان الواو والدال في الحالين مضمومة ثدى

لا يضره لانه عليه الصلاة والسلام لم يامر بذلك وهي مستورة بشياها والحفر أحسن لانه أسستر ويحفر الى  
الصدر لمار وينا (ولا يحفر للرجل) لانه عليه السلام حفر لما عزولان مبنى الإقامة على التشهير في  
الرجال والربط والامساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحسد على عبده الا باذن الامام) وقال الشافعي له ان  
يقيم لانه لا يمتطلة عليه كلام بل أولى لانه عاك من التصرف فيه مالا على الامام نصار كالتعزير ولنا  
قوله عليه السلام أربع الى الولاية وذ كرمها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها اخلاء العالم  
عن الفساد ولهذا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام أو نائبه بخلاف  
التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزى الصبي وحق الشرع موضوع عنه

الحفر (لم يضره لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يامر بذلك) يعني لم يوجب بناء على أن حقيقة الامر هو الايجاب  
وقال انه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية وهو معلوم ان ليس المراد الا أنه أمر بذلك فيكون مجازا عن أمره والا  
كانت مناقضة غريبة فان مثلها لما يقع عند بعد العهد أو ما معه في سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك والله  
الموفق (قوله ولا يحفر للرجل لانه عليه الصلاة والسلام لم يحفر لما عز) تقدم من رواية مسلم وتقدم من  
روايته أيضا من حديث يزيد الأسلمي أنه حفر له وهو منكر للحقته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات  
الكثيرة المتظاهرة (قوله ولان مبنى الحد على التشهير في الرجال) لا حاجة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبنى  
على التشهير غير أنه يزاد في شهرته في حق الرجل لانه لا يضره ذلك ويكتفي في المرأة بالانخارج والاتبان بها الى  
مجمع الامام والناس وخصوصا في الرجم وأما في الحد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين  
أي الزانية والزاني فاستحب أن يامر الامام طائفة أي جماعة أن يحضروا إقامة الحد وقد اختلفت في هذه  
الطائفة نعتي ابن عباس واحدوه قال أحمد وقال عطاء واسحق اثنان وقال الزهري ثلاثة وقال الحسن  
البصري عشرة وعن الشافعي ومالك أبو بعة وأما قوله (والربط والامساك غير مشروع) فلما تقدم من قول  
ابن مسعود وليس في هذه الامة تجزير بد ولا مدولان ما عزا انتصبا لهم قائما بمسك ولم يربط الا أن لا يصبر  
وأعيابهم فحينئذ يمسك فربط فاذا هرب في الرجم فان كان مقرر لا يتبع وترك وان كان مشهودا عليه اتبع  
ورجم حتى يموت لان هربه رجوع ظاهر او رجوعه يعمل في اقراره لا في رجوعه الشهود وذ كرم الطحاوي  
صفة الرجم أن يصغر ثلاثة أصغوف كصغوف الصلاة كمار جمصف تتحو لم يذ كره في الاصل بل في  
حديث علي في قصة شراطة على ما قدمنا من رواية البيهقي عن الاحول عن الشعبي وفيه أساط الناس بها  
وأخذوا الحجارة قال ليس هكذا الرجم اذن يصيب بعضهم بعضا صغفوا كصف الصلاة صغفوا كصف الصلاة  
قال ثم رجمها ثم أمرهم فربطهم ثم صف ثم صف ولا يقام حد في مسجد باجتماع الفقهاء ولا تعزير الاماروى  
عن مالك أنه لا بأس بالتدابير في المسجد خمسة أسواط قال أبو يوسف أقام ابن أبي ليلى الحد في المسجد فخطأ أبو  
حنيفة وفي الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال جنبوا مساجدكم صبيانكم وبناتكم ورفع أصواتكم  
وشراءكم وبيعكم وإقامة حدودكم وجرورها في جمعكم وصغفوا على أبوابها المطاهر ولانه لا يؤمن خروج النجاسة  
من الحدود فيجب نفيه عن المسجد (قوله ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام) وقال الشافعي ومالك

الرجل أو لحلم الثديين كذا في المغرب به الهدانية بسكون الميم (قوله ما حفر لما عز) رضى الله عنه ولا يربط ولا  
امسك بل كان مطلقا حتى هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة والربط والامساك غير  
مشروع الآن يجزهم فحينئذ يربط ويشد (قوله وقال الشافعي رحمه الله أنه يقيم) أي الحد الذي هو  
بعض حق الله تعالى ان عابن سببه أو أقرب بين يديه وان ثبت بالبينه فله قولان وفي حسد العذف والعصا له  
وجوهان وهذا اذا كان المولى بمن عاك إقامة الحد ولاية الادامة ان كان اماما فان مكاتبا أو ذميا أو امرأة  
فليس له ولاية إقامة الحد على ملوكه لقوله عليه السلام أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وقال اذا زنت  
أمة أحدكم فليجلدها وفي رواية فليجلدها ولان له ولا يمتطلة عليه فبذلك إقامة ما وجب عليه كلام بل أولى

الرجل أو لحلم الثديين كذا في المغرب به الهدانية بسكون الميم (قوله ما حفر لما عز) رضى الله عنه ولا يربط ولا  
امسك بل كان مطلقا حتى هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة والربط والامساك غير  
مشروع الآن يجزهم فحينئذ يربط ويشد (قوله وقال الشافعي رحمه الله أنه يقيم) أي الحد الذي هو  
بعض حق الله تعالى ان عابن سببه أو أقرب بين يديه وان ثبت بالبينه فله قولان وفي حسد العذف والعصا له  
وجوهان وهذا اذا كان المولى بمن عاك إقامة الحد ولاية الادامة ان كان اماما فان مكاتبا أو ذميا أو امرأة  
فليس له ولاية إقامة الحد على ملوكه لقوله عليه السلام أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وقال اذا زنت  
أمة أحدكم فليجلدها وفي رواية فليجلدها ولان له ولا يمتطلة عليه فبذلك إقامة ما وجب عليه كلام بل أولى

الرجل أو لحلم الثديين كذا في المغرب به الهدانية بسكون الميم (قوله ما حفر لما عز) رضى الله عنه ولا يربط ولا  
امسك بل كان مطلقا حتى هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة والربط والامساك غير  
مشروع الآن يجزهم فحينئذ يربط ويشد (قوله وقال الشافعي رحمه الله أنه يقيم) أي الحد الذي هو  
بعض حق الله تعالى ان عابن سببه أو أقرب بين يديه وان ثبت بالبينه فله قولان وفي حسد العذف والعصا له  
وجوهان وهذا اذا كان المولى بمن عاك إقامة الحد ولاية الادامة ان كان اماما فان مكاتبا أو ذميا أو امرأة  
فليس له ولاية إقامة الحد على ملوكه لقوله عليه السلام أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وقال اذا زنت  
أمة أحدكم فليجلدها وفي رواية فليجلدها ولان له ولا يمتطلة عليه فبذلك إقامة ما وجب عليه كلام بل أولى

(قوله حق الله مشروع)  
أقول حق الله مبتدأ وقوله  
مشروع خبر



وقوله (واحسان الرجم)  
انما قيد الاحسان بالرجم  
احترازا عن احسان القذف

فانه غير هذا على ما يجب  
ان شاء الله تعالى احسان  
الرجم مشروط بسبع شرائط  
(أن يكون حرا بالغاقلا  
مسلم قد تزوج امرأة  
نكاحا صحيحا ودخل بها وهما  
على صفة الاحسان) هذا  
على قول المتقدمين وأما  
المتأخرون فقد قالوا شرائط  
الاحسان على الخصوص  
منها شبان الاسلام  
والدخول بالنكاح الصحيح  
بامر أمه منتهى وهذا الشرط  
الثاني مركب من ثلاثين  
ذلك وأما العقل والبلوغ  
فشرط لاهلية العقوبة لعدم  
الخطاب بدونهما وأما  
الحرية فشرط تكميل  
العقوبة بواسطة تكامل  
النعمة والمصنف وافق  
المتأخرين في جعل العقل  
والبسوغ شرطا لاهلية  
العقوبة وجعل الباقية  
شرطا لتكامل النعمة  
بواسطة تكامل النعمة

(قوله احسان الرجم)  
مشروط الخ) أقول فيه  
فروع مخالفة لساني الهداية  
(قوله بسبع شرائط أن  
يكون حرا الخ) أقول فيه  
مساحة الآن يحمل على  
حذف الجار قال المصنف  
واحسان الرجم أن يكون  
حرا عاقلا مسلما بالغاقلا  
تزوج امرأة نكاحا صحيحا

قال (واحسان الرجم أن يكون حرا عاقلا بالغاقلا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا

وأجد يقيم بلاذن وعن مالك الألفي الامة الزوجة واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذميا أو مكاتباً أو امرأة  
وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتل بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعاً للسرقة فقيمه بخلاف عندهم  
قال النووي الأصح المنصوص نعم لا طلاق الحبر وفي التهذيب الأصح أن القتل والقطع إلى الامام أهم ما في  
الصحيحين من حديث أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت  
فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم يعوها ولو بضعير قال ابن شهاب لا أدري أبعد الثالثة  
أو الرابعة والضغير الحبل وفي السنن عنه عليه الصلاة والسلام أقبوا الحدود على ما ملكتم أعبانكم ولا نه علك  
نعر به صيانة للملكة عن الفساد فكذلك الحدود ولا نه ولاية طليقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الامام من التصرف  
فلكه للاقامة عليه أولى من الامام ولنا ما روي الأصحاب في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير  
موقوفاً ومرفوعاً أربع إلى الولاية الحدود والصدقات والجمعان والنفق ولان الحد خاص حق الله تعالى فلا  
يستوفيه الا نائبه وهو الامام وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فأنما يستوفيه نائبه  
مسلم ولكن الاستنباط تعرف بالسمع وقد دل على أنه استنباط في حقه المتوجه منه على الارقاء وهو المهم بالحديث  
السابق ودلالته على اقامة بنفسه ظاهرة وان كان تعلم أنه ليس المراد الاقامة بنفسه فانه لو أمر به غيره كان مثلاً  
لخاز كون المراد ذكره الامام ليس بأقامة لكن ما يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على  
الظاهر المتبادر من قول القائل أقام فلان الحد على فلان أو جلد فلان فلانا والمثابة أدرا أنه بأمره أو أمر به على  
أن المتبادر أحد أثر فهمه ما لا في ثلاثه وهو ما هذان مع رفعه إلى الحاكم لعمده نعم من استقر اعتقاده على أن  
اقامة الحدود إلى الامام فالتبادر اليه من ذلك اللفظ الأخير بخصوصه (قوله واحسان الرجم أن يكون حرا  
عاقلا بالغاقلا مسلماً قد تزوج امرأة نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما على صفة الاحسان) قيد باحسان الرجم

لان ولايته عليه أقوى من ولاية الامام حتى ملك فيه تصرفات لا يملكها الامام ألا ترى أن المولى هو الذي تزوج  
دون الولي بالقرابة لان ولاية الملك فوقها ولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا تزوج الا بعد  
فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل أنها فوق ولاية السلطنة ولهذا علك عليه التعزير كما  
ملك الامام والحد عقوبة زاجرة كالتعزير ولنا ما روي عن العبدالة لثلاثة موقوفاً ومرفوعاً أربع إلى الولاية  
الحدود والصدقات والجمعان والنفق ولان الحد حق الله تعالى اذا الغرض منه اخلاء العالم عن الفساد فتكون  
الولاية مستحقة بالنسبة عن الله تعالى والامام هو المتعين في نيابة الله تعالى ونائبه فاما المولى فولايته بالملك فلا  
يصلح نائباً عن الله تعالى بخلاف التعزير لانه من حقوق الملك والمقصود به التشقيف والتاديب وذات سبب زيادة  
ماله فيرجع نفعه إليه فكان حقه فيكون سبيل منه ألا ترى أنه يعز ومن لا يخاطب بحقوق الشرع  
كالصبيان وهو كالرياسة والتاديب في الدواب فانه حقوق الملك ولهذا كان المولى مقسداً على الامام وانما  
تثبت الولاية له بسبب الملك كالترتيب ولا امام ولاية اقامة الحد شاء المولى أو أبي دل أنه لا تثبت له ولاية اقامته  
بسبب الملك وكيف تثبت به وهو غير مملوك له من ذلك الوجه لان الحدود انما تجب باعتبار معنى الاكتميت دون  
المالسة اذا الحد لا يجب على المال بحال والعبد باعتبار ما بقي على أصل الحرية حتى يصح اقراره بالحدود ولا  
يصح اقرار سيده عليه فمكان سيده فيها كسائر الاجانب كما في طلاق زوجته وقوله أقبوا الحدود وخطاب  
للأمة كقوله تعالى فاجلدوا فاقطعوا فائدة تخصيص المماليك لأن تحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع  
عن اقامة الحد عليهم أو المراد التسيب والمراد على الامام وقد يضاف الشيء إلى المباشرة تارة وإلى السبب  
أخرى والظاهر هذا لانه خاطب كل المولى بذلك وكل المولى لا يملك كون المباشرة بالاجماع (قوله واحسان  
الرجم) وانما قيد بالرجم احترازاً عن احسان القذف فانه غير هذا على ما يجب ان شاء الله تعالى وفي الميسر  
ولا احسان الذي يتعلق به الرجم شرائط فالتقدمون يقولون شرائطه سبع العقول والبسوغ والحرية

الخ) أقول وفي الجامع الرازي لا يشترط قيام النكاح لبقاء الاحسان كذا في الفتاوى للقرطبي



لان كسر النعمة يتغلط عند تكثيرها وتغلط يستدعي اغلظ العقوبات (وهذه) (٢٣) الاشياء من جلال النعم) فكفرانها

يكون سببا لا تحس  
العقوبات وهو الجسم  
بالجراحة الى الموت ليكون  
ثبوت الحكم بقدر سببه  
وانحصر الشرائط على هذا

(قال المصنف ودخل بها  
وهما على صفة الاحسان)  
أقول الجملة حال من الداخل  
والمدخول بها ونظيره لقيت  
زيدا راكبين وفي المحبط أو ما  
طريق ثبوت الاحسان  
فسيان التفرار والبيئة  
اه وقال الامام الترمذي  
في شرح الجامع الصغير ولو  
رد المحصنان بطل احصانهما  
فان أسلم لم يكونا محصنين  
الاجتماع جسد وكذا  
الكانس ان يسلمان  
والملوكان يعتقان وقد  
كان جامعاه قبل ذلك لم يكونا  
محصنين فان جامعاه بعد  
العق والاسلام يكونان  
محصنين لتعق الشرط اه  
(قال المصنف والعقل  
والبلوغ شرط لاهلية  
العقوبة الخ) أقول قال  
مولانا علاء الدين الاسود  
في شرح الجامع الصغير قال  
الامام قاضيان في الجامع  
الصغير وانما يصير دخلا في  
الحسن عن الزنا اذا توفرت  
عليه النعم الزواجر كالعقل  
فان مانع عن ارتكاب كل ماله  
عاقبة ذميمة وكذلك الدين  
والحرية من الحر يمنع عن  
ذهاب ماء الوجه والعبد  
لا يباي به وكذا البلوغ لان  
الصغير لقلته عقله فلما يقف

ودخل بها وهما على صفة الاحسان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذا لخطاب دونهما وما وراءهما  
يشترط لتكامل الجنابة بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلط عند تكثيرها وهذه الاشياء من  
جلال النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به

لان احسان القذف غير هذا كسبائ والاحسان في اللغة المنع قال تعالى لتحصنكم من باسكم واطلق في استعمال  
الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منه ان يذبح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة في  
النكاح وبمعنى العفة يقال أحصنت أي عفت وأحصن باز وجها قال في المبسوط المتقدمون يقولون ان شرائط  
الاحسان سبعة وعصم ما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرط لاهلية للعقوبة والى ذلك أشار المصنف  
بقوله فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة والحرية شرط لتكميل العقوبة لا لشرط الاحسان على الخصوص  
وشرط المدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيابة لا تكون الا بالمدخول اه واختلف في اثنين  
من هذه الاسلام وسيد كره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحسان وقت  
الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحرام المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية  
أو مجنونة أو كائبة ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا المدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عذنا وكذا لو تزوجت  
الحررة البالغة العاقل المسلمة من عذرا أو مجنون أو صبي ودخل بها لا يصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم  
ذمية فاسلمت بعد ما دخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الاسلام أي أن يطاها اذا زنى لا يرجم وكذا لو اعتقت الأمة  
التي هو زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم ولو زنى ما لم يطاها بعد الاعتاق وعلى هذا لو باغت  
بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحت حرة مسلمة وهما محصنان فارتدما بطل احصانهما فاذ أسلما  
لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون العصاة قائمة حال  
المدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزويجها يكون النكاح صحيحا ولو دخل بها عاقبة لا يصير محصنا لوقوع  
الطلاق قبله \* (واعلم) \* أن الاضافة في قولنا شرائط الاحسان ينبغي أن تكون ببيان أي الشرائط التي  
هي الاحسان وكذا شرط الاحسان والحاصل أن الاحسان الذي هو شرط الرجم هو الامور المذكورة فهي  
أجزاؤه وهو هيئة تكون باجتماعها فهي أجزاءه وكل جزءه فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم  
والمجموع عليه لوجود الشرط المسمى بالاحسان والشرط يثبت بها أو قياسا على ما اختاره نحر الاسلام وغيره  
لا يقال كيان الحد لا يثبت قياسا فكذلك شرطه لانا نقول بل يجب أن تثبت شرطه قياسا لان عدم جواز نفس  
الحسد اما لعدم العقولية أو لانه لا يثبت بما زاد ادت فيه شبهة واثبات الشرط احتمال للدرء لا لا يجابه في الشان  
في تحقيقه وقد أثبت المصنف شرط اتفاقهما في صفة الاحسان مع غيره بقوله (وهذه الاشياء من جلال  
النعم) فان من النعم كون كل من الزوجين مكافئ للآخر في صفاته الشريفة ثم قال (وقد شرع الرجم بالزنا  
عند استجماعها فيناط به) أي باستجماعها لو اذابت بكاهما يلزم أن ينتفي الحد بانقضاء كل منها من جملتها كون  
كل مثل الآخر يلزم اشتراطها لظهور وجود الشبهة في درء الحد وعدم ثبوتها ما شبهة في تصور الصارف  
فيندرئ به وبيان ما ذكر في بان كونها من جلال النعم الصارفة عن الزنا بكال اندفاع حاجته الى الوطء عندها  
فكونه بان الغلان الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هي محل نفرة  
الطباع وكذا ينفر المسلم عن محبة من يفارقه في دينه منه ومثا وكذا يرى الحر انحطاطا بتزويج الرقيق فلا  
تكمل الرغبة من الجانبين واذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجنابة عندها لا تحس فتناسب

على العواقب وكذلك المدخول في النكاح بعد البلوغ لان به تقع الغيبة عن الزنا فاذا استجمعت الشرائط يصير محصنا اه

العدد لان الرجم بالنار قد شرع عند اجتماعها (٢٤) فينا طين والشرف والعلم والجمال والحسب وان كان من جلائل النعم ايضا

ان الشرع لم يرد باعتبارها  
(ونصب الشرع بالرأي  
منعذر) وقوله (ولان  
الحرية) دليل على الاقتصار  
على تلك الشرائع ضمن  
ان لها مدخلا في الاستغناء  
عن الزنادون غير هامن العلم  
والشرف وذلك لان الحرية  
(ممكنة من النكاح الصحيح)  
لان الحرية تولى أمور نفسه  
ليس تحت ولاية أحد (والنكاح  
الصحيح يمكن من الوطء  
الحلال) لا يحالة (والدخول  
به شبع بالحلال والاسلام  
يمكن من نكاح المسلمة  
ومؤكد اعتقاد الحرمة  
فيكون الكل مزجعة عن  
الزنا والجناية عند توافر  
الزواج (أغلظ) ولما قلنا ان  
يقول في العلم بأحوال الآخرة  
وما يترتب على الزمان  
الفساد عاجلا والعقوبة  
آجلا من الزنا ولا يحالة  
والجمال في المنكوحته مقنع  
لازواج عن النظر الى غيرها  
والشرف يردع عن حقوق  
معرة الزنا وعقابه فكان  
الواجب أن يكون من شرائعه  
والجواب أن المسلم الناشئ  
قلما يخلو عن العلم بما كرت  
والجمال والشرف ليس لهما  
حد معلوم يضبطان به فلا  
تكون معتبرة وأما وجه  
اشتراط كونها على صفة  
الاحصان عند الدخول  
فمن ذكره (والشافعي يخالفنا  
في اشتراط الاسلام وكذا

بمخالف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتباره ما وروى عن الشرع بالرأي منعذر ولا الحرية ممكنة من  
النكاح الصحيح والنكاح الصحيح يمكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكن من نكاح المسلمة  
ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجعة عن الزنا والجناية بعد توافر الزواج (أغلظ) والشافعي يخالفنا في  
اشتراط الاسلام وكذا أبو يوسف في رواية لهما ما روى أن النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا

كون العقوبة أغلظ فشرعت بذلك وهي الرجم عند اجتماعها أي بالاستماع لها (بمخالف الشرف  
والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارها ما وروى عن الشرع بالرأي ممنوع) ووجه عدم اعتبارهما في تكميل العقوبة  
أنهما لا مدخل لهما في تكميل الصارف وان كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعبر وأورد كيف يتصور كون  
الزوج كافرا وهي مسلمة كما يفيد ما ذكر في نفرة المسلم وأجيب بان يكونا كافرا من قسمين هي فبطاها قبل عرض  
القاضي الاسلام عليه وابائه وما لم يعرف القاضي بينهما بابائهما زوجان (قوله والشافعي يخالفنا في اشتراط  
الاسلام) أي في الاحصان (وكذا أبو يوسف في رواية) وبه قال أحد قول مالك كقولنا فلور في الذي الثيب  
الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر أن اليهود جاؤا الى رسول الله  
صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن امرأة منهم ور جلا قد زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون  
في التوراة في شأن الزنا فقالوا انقضضهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فم الرجم فانوا بالتوراة  
ففسروها فوضع أحداهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله أرفع يدك فرفع يده فاذا فيها  
آية الرجم فقال صدق يا محمد فامرهم بالنبي صلى الله عليه وسلم فربحوا والذي وضع يده على آية الرجم عبد الله بن  
صور أو أبا المصنف بانه انما رجمهم بحكم التوراة فانه سألهم عن ذلك أولا وان ذلك انما كان عند ما قدم  
عليه الصلاة والسلام المدينة ثم زلت آية تحريم الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام  
بالرجم باشتراطه للاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس  
بمحصن رواه اسحق بن راهويه في مسنده أخبرنا عبد العزيز بن محمد حدثنا عبيد الله بن نافع عن ابن عمر عن  
النبي صلى الله عليه وسلم قال من أشرك بالله فليس بمحصن فقال اسحق بن نافع عن رسول الله صلى الله  
عليه وسلم وقفه مرة ومن طر يقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفع غير اسحق بن راهويه ويقال انه  
رجع عن ذلك والصواب أنه موقوف قال في العنايته ولطف اسحق كما تراه ليس فيه رجوع وانما ذكره الرازي  
انه مرة رفعه ومرة أخرجه مخرج الفتوى فلم يرفع ولا شك أن مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على  
ما هو المختار في علم الحديث من أنه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع وبعد ذلك اذا خرج من طرق فيها  
ضعف لم يضر وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الا مة ولا الحرمة العبد  
فألله أعلم به ومعناه رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب  
ابن مالك انه أراد أن يتزوج يهودية فقال له صلى الله عليه وسلم لا تزوجها فانها لا تحصنك وضعف ابن أبي

الخصوص وأما الدخول فشرطه ثبت بقوله عليه السلام والثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول وشرطنا  
أن يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيب على ما عليه أصل حال الا كمن من الحرية لا يتصور بسبب مشروع  
سوى النكاح الصحيح فكان التصديقه تغليظا للحرمة لان الرجم أخف العقوبات فيستدعي أغلظ الجنايات  
والجناية في الاقدام على الزنا بعد اصابة الحلال تكون أغلظ ولهذا لا يشترط العقوبة عن الزنا في هذا الاحصان  
بمخالف احصان العذف لان الزنا بعد الزنا أغلظ في الجرم عمن الزنا بعد العفة (قوله بمخالف الشرف والعلم)  
منصل بقوله وهذه الاشياء من جلائل النعم لما ذكر أن تكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة فوجب  
الرجم لذلك على من زنى بعد جوده هذه النعم الجليلة ورد عليه الشرف والعلم فانهما من أجل النعم ولم  
يشترطا فاجاب بان الشرع لم يرد به (قوله والاصابة شبع بالوطء الحلال) يعني الاصابة بطريق الحلال يحصل

قلنا

أبو يوسف في رواية) مستدلين بما روى مسندنا الى ابن عمر رضي الله عنه أن اليهود جاؤا الى النبي صلى الله عليه

قال الله فلو ان الحرية ممكنة أقول ينبغي أن يتأمل في تعيين المعطوف عليه لقوله ولان الحرية ممكنة

وسلم كرواله أنز جلا منهم وامرأة زينا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الزنا فقالوا لا نضعهم ويحسدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم فيها الرجم فأنز بالتوراة فأنشروا ما فعل أحدكم بده على آية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله بن سلام أوفى يد فرقمها فإذا فيها آية الرجم فقال صدق ما حذروا آية الرجم فامرهم ما أمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجسوا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ بزيده (ما روى أصحابنا في كتبهم عن ابن عمر (من أنشرك بالله فليس بمحسن) وقوله (والاعتبر في الدخول بإيلاج في القبل على وجهه بوجوب الغسل) لبيان ما يحصل به الإحصان من الجماع وفيه نظر لأنه ينافي ما تقدم (٢٥) من قوله (والإحصان سبع بالحلال

فإن السبع إنما يكون بالأنزال دون الإيلاج غرض ذلك في حديث رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوق من عسله ويذوق من عسله ذلك بالتصغير وقوله (وشروط صفة الإحصان فيها) ظاهره وقيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة وأوجب بان صورته أن يكونا كافرين فاسات المرأة ودخل به الزوج قبل عرض الإسلام عليه لأنه ما لم يعرف القاضي بينهما بالاباء عند عرض الإسلام فهما زوجان وقدم (وأبو يوسف يخالفهما في الكافرة) في أن إسلام المنكوحه وقت الدخول بها شرط إحصان الزاني فعنده ليس بشرط حتى لدخول بالمنكوحه الكافرة تصير محصنا (والخجة عليه) أي على أبي يوسف (مأذ كراه) يعني من قوله ولا اختلاف مع الاختلاف في الدين وقوله (وقوله عليه السلام) معطوف على قوله ما ذكرناه (لا تحصن المسلم

قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ بزيده قوله عليه السلام من أنشرك بالله فليس بمحسن والمعتبر في الدخول بإيلاج في القبل على وجهه بوجوب الغسل وشروط صفة الإحصان فيها عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحه الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبيسة لا يكون محصنا وكذا إذا كان الزوج موصوفا بأحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغلة لا النعمة بذلك لا تشكامل إذا طبع ينفر عن محبة المجنونة وقيلما برغبوا في الصبيسة لغير غبتها وفي المملوكة حذر عن الوقوع لولا اختلاف مع الاختلاف في الدين وأبو يوسف رحمه الله يخالفهما في الكافرة والخجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأم ولا الحر العبد قال (ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) لأنه عليه الصلاة والسلام

مرسوم وعلى بن أبي طلحة لم يدركه بالسكن روائية بن الوليد عن عتبة بن عيم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك وهو منقطع وأنت تعلم أن الانقطاع عندنا داخل في الإرسال بعد عدالة الرواة وبقية تقدمنا الكلام فيه أول هذا الشرح والله أعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الأول فيجيبه ولا معنى لفصل المصنف بين هذا الحديث والحديث الأول بالغرض التي ذكرها وهو ما عانى غرض واحد وهو الاحتجاج على أبي يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهم ما لم يقول هنا ما ذكرناه (واعلم) أن الأسهل مما ادعى أن يقال حين رجمها كان الرجم ثبت مشروعا في الإسلام وهو الظاهر من قوله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الإسلام لم يكن ثابتا واللام برجمهم لا تنسخ شريعتهم وإنما يحكم بما أنزل الله إليه وإنما سألهم عن الرجم في التوراة ليكتنهم بترك ما أنزل عليهم في كبرهم بها بشريعة الموافق لشرعهم وإذا لم يكون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الإسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الإسلام وليس تاريخ يعرف به تقدم اشتراط الإسلام على عدم اشتراطه أو تأخره فيكرن رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين في طلب الترجيع والقول يقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو أن تقديم هذا القول بوجوب درء الحد وتقديم ذلك الفعل بوجوب الاحتياط في إيجاب الحد والرد في الحدود ترجيح ادفع عند التعارض ولا يخفى أن كل مرجع فهو محكوم بتأخر اجتهاد الرواة وطاحم ذادفع بعض المعترضين (قوله والمعتبر في الدخول) المحقق للإحصان (إيلاج في القبل على وجهه بوجوب الغسل) وهو يغيبو به الحشمة فقط آتزل أولم ينزل وقوله حتى لدخول بالمنكوحه الكافرة الخ تقدم بينه (قوله ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) وهو قول مالك

السبع (قوله وكذا إذا كان الزوج موصوفا بأحدى هذه الصفات) وهي الكفر والمملوكة والمجنون والصبا أي لا تكون المرأة محصنة وإن كان النكاح والدخول موجودين كما لا يكون الرجل محصنا إذا كانت المرأة موصوفة بأحدى هذه الصفات عند الدخول فان قيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة قلنا صورته أن يكونا كافرين فاسات المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الإسلام على الزوج (قوله ولا يجمع ما ذكرناه) إشارة إلى قوله ولا اختلاف مع الاختلاف في الدين

(١ - (فتح القدير والكفاية) - خامس) اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأم ولا الحر العبد) ذكره شمس الأناسة السرخسي مرسلا في مبسوطه قال (ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم) وفي رواية عن أحمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضي الله (قال المصنف والمعتبر في الدخول بإيلاج في القبل على وجهه بوجوب الغسل) أقول ونحوه شهادة بالدخول بالتسامع ولا تنس الحاجة إلى المعاينة كما سيجي في كتاب الشهادة (قوله فإن السبع إنما يكون بالأنزال) لا يمكن إثباته بشهود بخلاف الدخول فافهم سببه المعنى إليه أكثر بما قامه فليامل (قال المصنف وفي المملوكة حذر عن الوقوع لولا) أقول هذا لا يجري فيما إذا كانت الزوجة حرة والزوج مملوكا ذلوله يتبع الأم في الحرية والرقية ولو قال وفي المملوكة لحقارته ما دامت الأم لا يمكن التعميم كما لا يخفى (قوله والخجة عليه أي على أبي يوسف رحمه الله) أقول قال الاتقاني قوله والخجة عليه

فنه أنه صلى الله عليه وسلم قال النبي بالبرجلد مائة وورى بالجارية والبكرجلد مائة ونفي سنتونا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في معاز ولا في الغامدية ولا الصعبة بعده وحديث عباد بن قيس قال تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا وحديث معاذ بن جبل قال قال النبي صلى الله عليه وسلم بالبكر (ولان الجلد يعرى) ظاهر وقوله (والشافعي يجمع بينهما) أي في حد الزنا نفي الرجل والمرأة جميعا (لقوله صلى الله عليه وسلم بالبكر بالبرجلد مائة وتغريب عام) ولان (٢٦) التغريب من تمة الحد فكأن الرجل والمرأة في حد الجلد سواء فكذلك في حق

التغريب (ولان فيه) أي في التغريب (حسم مادة الزنا لقلة المعارف) أي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحياء والحيوانات لأن الزنا إنما ينشأ من العصبية والمؤانسة والتغريب قاطع لذلك (ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الغاء) ورجوعا نصب على المصدر ومعناه أن الغاء للجزء وإذا ذكر الجزء بعد الشرط بالغاء دل استقراء كلامهم أنه هو الجزء ألا ترى أنه إذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة ليس جزء الشرط الا ما هو المذكور بعد الغاء وقوله (والى كونه كل المذكور) أي رجوعا الى كونه كل المذكور ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ما ذكره كل ما يحتاج اليه في البيان فلو بقي شيء محتاج اليه ولم يبين لزم الاختلال في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه

والشافعي ورأيه عن أحد يجمع في رواية أخرى عنه وأهل الظاهر الى أنه يجمع للجهل بهور أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع وهذا على وجه القطع في معاز والغامدية وصاحبة العسف وقد تظافرت الطرق عنه عليه الصلاة والسلام أنه بعد سؤاله عن الاحصان وتأنيبه الرجوع لم يرد على الأمر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا أنيس الى امرأه هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدوها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث فاعترفت فارجمها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غير هالم يرد على الأمر بارجها وتكر رولم يردأ حد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم أورى بالجارية يجب قطعاً كونه منسوخا قال (ولان الجلد يعرى عن المقصود) وهو التزجاء أو قصد التزجاء لا القتل اذا كان لاحقا كان الجلد خلوا عن الفائدة الدينية التي شرع لها الحد والنسخ قد تحقق في حق الزنا فانه كان أولا الاذى باللسان على ما أمر به تعالى من قوله والذين ياتيانها منكها ذوهما ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والالغال خذوا عن الله ولا يخفى أن ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بانه لم يجمع بين الجلد والرجم فلم ينسخه وان لم يعلم خصوص النسخ وأما جلد على رضى الله عنه شراة ثم رجها فاما لانه لم يثبت عنده احصائها الا بعد جلد ها وهو رأى لا يقاوم اجساع الصعبة رضى الله عنهم ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما) وكذا أحمد والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد أقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب أصلا أو ما تغريب المرأة فمع محرم وأجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول ولو امتنع في قول يجبره الامام في قول لا ولو كانت الطريق آمنه نفي تغريبها بل محرم قولان لقوله صلى الله عليه وسلم خذوا عني الحديث (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم بالبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي ورأيه عباد بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم خذوا عني الحديث وتقدم (ولان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف) لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل

(قوله لقلة المعارف) أي لقلة من يعرفهم ويعرفونه من الاحياء والحيوانات لأن الزنا إنما ينشأ من العصبية والمؤانسة والتغريب قاطع لهذا (قوله رجوعا الى حرف الغاء) لانه يقتضى أن يكون جزءا والجزء انما يكون كافيا لانه من جزأ بالهمز أي كفي أو كونه كل المذكور فيكون كل المراد اذا موضع موضع الحاجة الى

وهذه نسخ الكتاب وهو لا يجوز وقوله (ولان في التغريب) ظاهر وقوله (ثم فيه) أي في التغريب (قطع مادة البقاء) يعني ما يحتاج اليه من الما كول والمابوس (فربما تنفذناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا) لازدياد شهوة

ما ذكرناه أي الخطة على أي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمؤمن اه وأن تخبر به سواده والصحيح ما ذكره الشيخ كل الدين (قال المصنف ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف) أقول الحسم القطع والانساب سد باب الزنا وقوله والعمل بالحديث الذي رواه نسخ الكتاب وهو لا يجوز (أقول لانه خبر الواحد ولا ينسخ به الكتاب كما بين في موضعه وفيه نظر لماسيحي عن الاعتراف بنسخ ذلك الخبر بعينه قوله

وقوله (وهذه الجهة مرسجة لقول علي) نفل بغض الجيم وكه رهاقوجه الفتح أن هذه (٢٧) الجهة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة

قول علي لصحة ما قلناه ووجه

الكسر أن الخصم ينكر

صحة نفل قول علي فقال

المصنف هذه الجهة من جهات

العلل تؤيد صحة قوله علي

فكانت اللام لاصلة داخلية

على المفعول كافي قوله تعالى

والذين هم لزام كاهة فاعلون

وفي الوجه الاول كانت

للتعليل فان قيل الاصل أن

ما يصلح علة لا يصلح مرجحا

وهذه الجهة علة فكيف

صلحت مرجحة أوجب بان

هذه الجهة ليست بمنجبة للعهد

بل هي نافذة مع أن النفي ليس

بحكم واجب في الحد فيصلح

لترجيح في مثل هذا الموضع

تذكر العلل موضع بعضها

بعضا وما أرى اختيار المصنف

لفظ الجهة على لفظ العلة الا

لهذا كذا في النهاية وقوله

(والحديث) يعني قوله البكر

بالبكر جلد مائة وتغريب

عام (منسوخ كشره

مالي فامسكوهن في البيوت

الآن يقال المراد أنه خبر غير

مناخر عن تلك الآية فلا

يجوز أن يكون ناسخا ما هو

غير مناخر عنه (قوله ووجه

الكسر أن الخصم الخ)

أقول الخصم ينكر صحة

النفل عنه وهذه الجهة

لا تؤيد هاتان طريق ثبوت

النفل هو رواية العدل

(قوله مع أن النفي ليس بحكم

الخ) أقول لعل مراده نفي

النفي (قوله في مثل هذا

الموضع الخ) أقول لا بد من التأمل في هذا للعام

وهذه الجهة مرسجة لقول علي رضي الله تعالى عنه كفي بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشره

لامرأة من العرب ما حلك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب السواد والمسارعة من سواده  
اذا صار له ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا قبل لهم بها في عذرهم وكان المذكور تمام حكمه  
والا كان تجزيلا ذنبهم أنه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشرع في البيان أبعد من ترك  
البيان لانه لو وقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء للنسب فيفسد أن الواقع  
هذا فقط فلو ثبت معه شيء آخر كان شبهة معارضة لا مثبتة لما سكنت عنه في الكتاب وهو الزيادة بالمنوعة وأما  
ما يقيد كلام بعضهم من أن الزيادة بخبر الواحد اثبات ما لم يوجب القرآن وذلك لا يتبع والابطال أكثر  
السنن وانما اليست نسختها وتسميتها نسخا مجردا اصطلاح والزيادة في عدة المتوفى عنها زوجها الاحداث على المأمور  
به في القرآن وهو الترتيب وهو في عدم معرفة الاصطلاح وذلك أنه ليس المراد من الزيادة اثبات ما لم يثبت  
القرآن ولم ينه لا يقول بهذا عقلا فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف من أن الاطلاق مما اراد وقد  
دل عليه باللفظ المطلق وباللفظ بفاد المعنى فاذا أن الاطلاق مرادو بالتمهيد مطلقه على ما عرف من أن الاطلاق مما اراد وقد  
فيه اللفظ المطلق ثم لا شك أن هذا نسخ وبخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب وظن العترض أن الاحداث زيادة  
غلط لانه ليس تقييد الترتيب والاولو ترتب ولم تحذف ترتبها حتى انتقضت العدة لم تخرج عن العدة وليس  
كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة فانما أثبت الحديث واجبا لأنه اقدم مطلق الكتاب نعم ورد  
عليه أن هذا الخبر مشهور تلقته الامه بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف رحمه الله عدل عن هذه  
الطريقة فلا يلزم ذلك الى ادعاء نسخ هذا الخبر مستانسا له بنسخ شرطه الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد  
والرجم فكذا انصفه الآخر وأنت تعلم أن هذا ليس يلزم بل يجوز أن تروى جل بعضها ونسخ بعضها ولو  
سلك الطريق الاول وادعى أنه أحاد مشهور وتلقى الامه بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به فممنوع  
لفهم والخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سند فكمثير من أخبار الاحاد كذلك فلم يخرج بذلك  
عن كونها أحاد وقد خطئ من ظنه بصير قطعها فادعى فيمنار واه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه  
واذا كان أحاد وقد تطرق اليه احتمال النسخ فقرر ينسخ شرطه فلا شك أنه ينزل عن الاحاد التي لم تطرق  
ذلك اليها فاحرى أن لا ينسخ به ما أفاده الكتاب من أن جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لأن الكتاب  
ساكت عن نفي التغريب فكيف وليس فيه ما يدل على أن الواجب من التغريب بطريق الحد فان أقصى ما فيه  
دلالة قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل مافي البخاري  
من قول أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فبين ربي ولم يحسن نفي عام واقامة الحد ظاهر في أن  
النفي ليس في الحد لقطع عليه كونه استعمال الحد في جزء مسميا وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل  
بوجبه وما ذكر من اللفظ لا يفيد جاز كونه تغريبا لمصلحة وأما ما للبرجاء الله فرأي أن الحديث ما دل  
الاعلى الرجل بقوله البكر بالبكر فلم تدخل المرأة ولا شك أنه كغيره من المواضع التي تثبت الاحكام في النساء  
بالنصوص المفيدة اياها للرجال بنقيض المناط وأيضا فان نفس الحديث يجب أن يشملهن فانه قال خذوا عني  
قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على أن النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى  
الآتري الى قوله البكر تستاذن ثم عارض ما ذكر الشافعي من المعنى بان في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن

البيان فلما وجب بتمامه التغريب لسكان الجلد بعض الموجب فيكون نسفا ثم قوله فيه قطع مواد لبقاء فانها اذا  
تباعدت عن الاهل والوطن أخرجهما انقطاع مادة المعاش عنها الى التكسب بالزنا وفيه قطع مادة البقاء بتضييع  
الماء وعاقوب ولا يقوم أحد برية وهذا أقوى مما قاله لان ما ينشأ من العصب والوانسة يكون مكتوما وما ينشأ  
من الوقاحة وخلاعة العذار يكون مشهورا وهو أغش (قوله وهذه الجهة) من العلة أقوى من علة الخصم  
شهادة قول علي رضي الله عنه بصحة ما قلنا (قوله الحديث منسوخ كشره) وهو الجمع بين الجلد والرجم

الموضع الخ) أقول لا بد من التأمل في هذا للعام

وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد ما تورد رجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه) قيل يعني في طريقة الخلاف فان قيل هذا انبأت النسخ بالقياس أجيب بأنه بيان لكون الحديث منسوخا بنسخ ولم يبين أن النسخ ما هو وحاصل ذلك أن حكم الزنا في الابتداء كان امساك الزنا في البيوت حتى يتوفاهن الموت ولا يذاع باللسان فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية والزاني والدليل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني ولو كن انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله انرايت والزاني لقال عليه الصلاة والسلام خذوا عني انه وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث (٢٨) اعرنين واليه أشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه أي دلي في

حديث العرينين دال على انه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول وهو جواز الملة فكذلك ههنا دل الدال على ان الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ما ذكرنا هذا ما ذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين وقوله (الآن برى ذلك مصلحة) استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذ ارى الامام تغريب الزاني مصلحته لدارته فعل

ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة (لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه بحمل النفي المروي عن بعض الصحابة) روى أن أبابكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى قتل وعمر روى الله عنه سمع قائلا يقول هل من سبيل الى خرفائهمها أو من سبيل الى نصر بن حجاج قوله قيل يعني في طريقة

وهو قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد ما تورد رجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال (الا أن يرى الامام في ذلك مصلحة تغريبه على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه بحمل النفي المروي عن بعض الصحابة

العشيرة وعن تسخي منهن كان لها شهوة قوية فتفعله وقد تفعله لأمس آخر وهو حاجتها الى ما يقوم باودها ولا شك أن هذا المعنى في افشاء الى الفساد راجح مما ذكره من افشاء ذلة المعارف الى عدم افساد خصوصاً في مثل هذا الزمان لمن يشاهد أحوال النساء والرجال فيترج عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم التقي قال قال عبد الله ابن مسعود في البكر برقي بالبكر يجادان مائة وثلاثة عشر سنة قال وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه حسبهما من الفتنة أن ينقبوا روى محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم التقي قال كفى بالنفي فتنة روى عبد الرزاق أخبرنا عمر بن الزهري عن ابن المسيب قال غريب عمر رضي الله عنه وبيعة بن أمية بن خلف في الشراب الى خبير فلققهم رقل فتصرف فقال عمر لا تغرب بعدهم مسلمائكم لو غلب على ظن الامام مصلحته في التغريب تعزير به أن يفعله وهو يحمل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللمصيبة من أبي بكر وعمر عثمان في الترمذي حدثنا كرى وسويحي بن أكرم قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن

وليس هذا انبأت النسخ بالقياس فانه لا يجوز ولكن انتساخ أحد شرطه دليل بعدمه على انه الجلد فنسخ الحديث بشرطه باية الجلد ثم انتسخ قضية الآية في حق المسلم المحصن بحديث ما عرفت فاستقرت الشريعة (قوله) وقد عرف طريقه في موضعه) وهو ما ذكر في حديث العرينين فان قوله عليه السلام استنزهوا البول يعارضه أمره عليه الصلاة والسلام للعرينين بشر بأبوال الابل رجعت الى التاريخ وقلنا قد قام دليل سبق حديث العرينين وهو أنه تعاقب به شيان الملة وأباحة شرب البول ثم المثلث انبأت أنها كانت في ابتداء الاسلام ثم نسخت فثبت أن اباحة الشرب صارت منسوخة بقوله استنزهوا البول لانها شطرا حديث العرينين فكذلك ههنا قد قام الدليل على تقدم الحديث على قوله تعالى الزانية والزاني الآية وذلك أن حكم الزنا كان في ابتداء الاسلام الحبس في البيوت والابذاء باللسان بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت وقوله تعالى فاذوهما ثم نسخ ذلك الحديث وهو ما روى عن النبي عليه السلام أنه خرج يوما فقال قد جعل الله تعالى لهن سبيلا خذوا عني الثيب بالثيب جلد ما تورد رجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام فلو كان قوله الزانية والزاني قد نزل قبل هذا الحديث لقال عليه السلام خذوا عني الله فلما قال خذوا عني علم أن قوله الزانية والزاني لم يكن نزل ثم نسخ قوله الزانية والزاني الآية فإذا ثبت نسخ شطر الحديث وهو قوله عليه السلام انثيب بالثيب الحديث بقوله الزانية والزاني فكذلك الشطر الثاني (قوله) تغريبه على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لاحد

الخلاف) أقول صاحب القيل هو الاتقي فيقال لا تقاني في شرح قوله اذ اذن في الصبي أو المجنون أو غيره (وا) طريقة الخلاف اسم كتاب لام علماء الدين العالم (قوله) وحاصل ذلك أن حكم الزنا الخ) أقول قال الامام نفي الدين الزليح حكم زنا كان في الابتداء لا يذاع باللسان كما قال الله تعالى فاذوهما ثم نسخ الحبس في البيوت بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت الآية اه فمفعول مخالفة لما في النهاية والعناية فليست (قوله) فانه نسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول بخالفنا سالف من أن الحديث بيان لقوله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا ولا يخفى جوابه (قوله) وهو جواز الملة فكذلك ههنا الخ) أقول ههنا خفاء لا يخفى نعم نسخة في حق جواز الملة لشاري من النهي عنها بعده لا كلام فيه وانما النزاع في نسخة في حق حل الانتفاع بأبوال الابل ولا يظهر دال يدل عليه فليست



(واذا زنى المريض وحده الرجم رجم) لان الاتلاف - محقق فلا يمنع بسبب المرض (وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) كيلا يغنى الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد (وان زنت الحامل لم تحم حتى تضع حملها) كيلا يؤدى الى هلاك الولد وهو نفس محترمة

عبيد الله عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وأن عرض ضرب وغرب إذا أنه قال حديث غريب وكذا رواه غير واحد عن عبد الله بن ادریس عن عبيد الله فرعه ورواه بعضهم عن ابن ادریس عن نافع عن ابن عمر أن أبابكر ضرب وغرب الحديث وهكذا روى من غير رواية ابن ادریس عن عبد الله بن عمرو ومن رواية محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن أبابكر لم يوقلوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم اه وقال ابن ارقط بن بعدان ذكر رواية ابن عمر وأبي سعيد الأشج عن ابن ادریس عن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أن أبابكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم هي العواجب لكن روى النسائي حدثنا محمد بن العلاء حدثنا عبد الله بن ادریس به مرفوعا رواه الحارثي في الم - تدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكروا ابن القطن من جهة النساء وقال جاله ليس فيهم من يسئل عنه لثقتهم وشهرته وقال أيضا عندى أن الحديث صحيح ولا يمنع أن يكون عند ابن ادریس فيه عن عبد الله جميع ما ذكره والحاصل أن في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافان الحفظ وأما عن أبي بكر وعمر فلا اختلاف فيه وقد أخرج ذلك عنهما أيضا في الموطأ وأما ما رواه عن عثمان في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا جريح عن مغيرة عن ابن إسحاق مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بها مولى له يقال له المهري الى خيبر فهاها اليه فهذا التغير يبرأ المروى عن ذكرنا كتغير يبرأ رضى الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه يلجأه افتتر به بعض النساء حتى جمع قول فائزه

هل من سبيل الى خرفائير بها \* أومن سبيل الى نصر بن حجاج

الى فتى ماجد الاعراق مقتبل \* سهل المحيا كريم غير ملجأ

وذلك لا يوجب نفيًا وعلى هذا كثير من مشايخ السلول المحققين رضى الله عنهم ورضى عنهم وحشرنا معهم كانوا يفرقون الرية ذابدا منه قوة نفس ولجأ لتكسر نفسه وتلين ومثل هذا المر يدأومن هو قري بمنة هو الذى ينبغي أن يقع عليه رأى القاضى فى التغريب لان مثله فى عدم وشدة وانما زلة لغلبة النفس أمان لم يستحقى وله حال يشهد عليه بغلبة النفس فنعمة لاشك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه (قوله واذا زنى المريض وحده الرجم) بان كان محصنا حدلان المستحق قتله ورجه فى هذه الحالة أقرب اليه (وان كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ) لان جلده فى هذه الحالة قد يؤدى الى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجى زواله كالحمل أو كان خدجا ضعيفا الخلقه فعندنا وعند الشافعي ضرب بعشكال فيه مائة شمر اخ فيضرب به دفعة وقد سمعت فى كتاب الايمان أنه لا بد من وصول كل شمر اخ الى بدنه وكذا يسئل لابدأن تكون حينئذ مبسوطة وخوف التاف لا يقام الحد فى البرد لشدة البرد والحر الشديد بل يؤخر الى اعتدال الزمان وهذا فى البرد عند من يرى تجميد المهدود ظاهرا لانه قد يمرض أما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد مبرحاصح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضى الحال تاخير حده للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فانه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين (قوله واذا زنت الحامل لم تحم حتى تضع حملها) ولو جلدا (كيلا يؤدى الى هلاك الولد لانه نفس محترمة) لانه مسلم لا جريحه تمنه فلو ولدت أو كانت نساء لم تحم

فلا يخفى بالزنا بل يجوزى كل جنائية والرأى فيه الى الامام أذ ترى أن النبي عليه السلام نفى هبت الخنث

ونفى عمر رضى الله تعالى عنه نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيها يقتن بها نساء والجمال لا يوجب النفي ولكن

فعل ذلك لانه لم ينفاه قال ما ذنبى يا أمير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب على حيث لا أظهر دار الهجرة

عنه وقترى يا نبي عليه السلام والعاهات ما كان يباريق الحد بل بطريق السياسة ألا ترى أن عمر رضى

الى فتى ماجد الاعراق مقتبل  
سهل المحيا كريم غير ملجأ  
فطالب نصران نفاه وذلك  
لا يوجب النفي ولكن فعل  
ذلك لمصلحة ظهرت له فقال  
ما ذنبى يا أمير المؤمنين فقال  
لا ذنب لك وانما الذنب على  
حيث لا أظهر دار الهجرة  
منك وعثمان رضى الله عنه  
جلد زانيا ونفاها الى مصر  
وعلى رضى الله عنه جلد  
ونفى ثم قال كنى بالنفى فتنة  
كل ذلك يحول على السياسة  
والتهزيب قوله (واذا زنى  
والمريض الخ) ظاهر

وقوله (قال للغامدية) روى أن الغامدية لما أقربت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملاً لافلها عليه السلام ارجعي حتى تضعي مافي بطنك فلما وضعت جاءت نانيا وأقربت فقال لها ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت أخاف أن أموت قبل أن أحد فقال رجل أنا أقوم بتربية ولدها يا رسول الله فامر صلى (٣٠) الله عليه وسلم برجها فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذ لم يكن لولدها مرب

(وان كان حدها الجلد لم تجاد حتى تتعالى من نفاسها) أي ترتفع بريده تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان العبر بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخر الى أن يستغني ولدها عنها اذ لم يكن أحد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقدر روى أنه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلي تحبس الى أن تلدان كان الحد نابتا بالبيئة كيلا تهررب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يغيد الحبس

\*(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب)\*

قال (الوطء الموجب للحد هو الزنا) وانه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرم على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك

تتعالى من نفاسها في الجلد ولو أطالت في التأخير وتقول لم أضغ بعد أو شهد على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلي ترى للنساء ولا يقبل قولها فان قلن هي حامل أجلهما حولين فان لم تلد رجها (ثم الحبلي تحبس ان ثبت زناها بالبيئة الى أن تلد) وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن أبي حنيفة اذا ولدت لا تتحد حتى تقطم الولد اذ لم يكن له من يربيه وتقدم في حديث الغامدية أنه رددها حتى يستغني فرجعت ثم جاءت به وفي يده كسرة فقالت ها قد قطمته وفي حديث آخر قال اذهبي حتى تضعي مافي بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لارجها وانع ولدها صغير اليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الرضاعة قال فرجها وهذا يقتضي أنه رجها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان في مسلم وهذا أصح طريقان في الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقيل يحتمل أن تكون امرأة تين وقع في الحديث الاول نسبتها الى الازد وفي حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه رجها بعد أن وضعت

\*(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب)\*

لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود كان الحد هو المقصود الاصل فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم أراد تقديم حسد الزنا فقدمه وأعطى أحكامه لانها هي المقصودة وذلك بشيئ سببه وحاصل أحكامه كبقية ثبوته وشروطها وكيفية أقامته وشروطها فكان تصوره حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة الى مقصود الكتاب نانيا وان كان بالنسبة الى التحقيق في الوجود أو لا فافتر المصنف تعريفه الى أن فرغ من المقاصد الاصلية وذكر أن الزنا في عرف اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بانه (وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك) وهذا لان في اللغة معنى الملك أمر نابت

الله تعالى عنه ترك ذلك فانه نفي زانيا فارتد فلحق بالاروم خلف أن لا ينفى أحد بعد ذلك فلو كان مشروعا لما حلف أن لا يقيه (قوله وقد روى أنه عليه السلام قال للغامدية ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت اني أخاف أن أموت قبل أن أحد فقال رجل أنا أقوم بتربية ولدها فامر رسول الله عليه السلام برجها فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذ لم يكن لولدها مرب كذا في مبسوط نحر الاسلام رحمه الله والله أعلم بالصواب

\*(باب الوطء الذي يوجب الحد)\*

(قوله وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك) فان قيل المرأة تعد حد الزنا ولا يصدق الحد على

\*(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب)\*  
لما فرغ من بيان أقامة الحد شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجب به وقد ذكرنا تعريف الزنا في أول كتاب الحد ودود ذكره المصنف ههنا واعترض بانه غير منعكس

\*(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب)\*  
(قال المصنف وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك الخ) أقول قوله في غير الملك لعله حال من المرأة أو القبل ثم أقول الاولى أن يقول المشتمة احتراماً عن وطء صبية لا يجمع مثلها فان وطأها لا يوجب الحد كما سيجي في الاشارة اليه ثم الاولى أن يقول عن طوع احتراماً عن وطء المكره حيث لا يوجب وسيجي وقد سبق من الشارح ما يتوهم كونه جواباً عن هذا في باب البين في الدخول والكنى الآن فيه أيضاً كلاماً مع أن المصنف أسند الى المكره الزنا فيما سيجي قال في البدائع الزنا في عرف الشرع اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الاسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهة وعن حق الملك وعن شبهة الشكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعاً وفيه أيضاً قوله وعن حق الملك احتراماً عن وطء رجل من الغاميين جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله فانه لا حد عليه وان علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لا انعقاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيوثر شبهة ولو بناءت هذه الجارية بولدها فادعاه لا يثبت نسبته منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك في الحمل اما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجهو

قبل

شبهته وعن حق الملك وعن شبهة الشكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح

جميعاً وفيه أيضاً قوله وعن حق الملك احتراماً عن وطء رجل من الغاميين جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله فانه لا حد عليه وان علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لا انعقاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيوثر شبهة ولو بناءت هذه الجارية بولدها فادعاه لا يثبت نسبته منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك في الحمل اما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجهو



لان الزنا يصدق في فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا حد القذف وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة في القبل في غير المأثرت  
وشبهة الملك ليس بصادق عليه وأجيب بان هذا التعريف انما هو بالنسبة للاصل والمرأة تدخل فيه تبعاً لما سيجي بعده هذا أن كل موضع يجب

حق عام وانه يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت النسب اهـ وقوله من الترم (٣١) أحكام الاسلام احتراز عن الحر وبسبب

وقوله وشبهته في قوله وعن  
حقيقة النكاح وشبهته  
احتراز عن أمثال وطء المحارم  
بنكاح وحجي وقوله وعن  
شبهة الاشتباه في موضع  
الاشتباه في الملك والنكاح  
جميعاً احتراز عن وطء  
المزوجة الى غير زوجها  
وطء الأجنبي من أجنبية  
يظن أنها امرأتها سيجي  
(قوله لان الزنا يصدق في  
فعل المرأة) أقول أي  
يتحقق فان الصدق المعدي  
بفي يكون بمعنى التحقق كما  
تبين في كتب الميراث (قوله  
هذا الفعل ولهذا لا يحد  
قاذفها بالزنا الخ) أقول  
لعل المشار اليه بقوله هذا  
في قوله هذا الفعل هو  
الوطء للرجل المفهوم من  
التعريف المذكور قال  
في النهاية ألا ترى أنه يجب  
عليها حد الزنا ولو قذفها  
قاذف بالزنا يجب عليه حد  
القذف اذا كانت عفيفة  
عن فعل الزنا اهـ وغير  
الشارح الى قوله ولهذا لا يحد  
الخ اذا المأثرت هو صدق الزنا  
على فعله وحده قاذفها  
بالزنا لا يدل عليه صريحاً  
لاحتمال أن يقال الحد  
لقدنفا بما لا يصدر منها ولا  
يتصور صدورها بخلاف  
ما ذكره الشارح فليشتمل

قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو في نفسه أمراً شرعياً لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس لم  
يتركوا أسدي في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك أمراً مشرعاً وعامناً بمقتضى أدلة الاسلام أو من قبل بعثته  
بوحى يخصه أي يخص الملك فكان ثبوته شرعاً مع الغلبة على الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية أم  
غيرها مخصوصة بالدين وان كان الوضع قبلها ثابتاً في الدين والواقع المعنى معقول قبل تحققه ولا شك  
في أنه تعريف للزنا في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو أعم والموجب  
للحد منه بعض أنواعه ولذا قال صلى الله عليه وسلم العيان تزنيان وزناهما النظر ولو وطئ رجل جارية ابنه  
لا يحد للزنا ولا يحد قاذفها بالزنا فدل على أن فعله زنا وان كان لا يحد به فلا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا  
وهو عرف الشرع الخ لهم تعريفهم بوطء الصبية التي لا تشتهى ووطء المجنون والمكره بخلاف الصبي فان  
الموجب للحد وحيد ترد على طرده ووطء الصبية التي لا تشتهى ووطء المجنون والمكره بخلاف الصبي فان  
الجنس وطء الرجل فالأولى في تعريفه أنه وطءه ككافة طائع مشتهة سالماً وأما في القبل بلا شبهة لما في دار  
الاسلام فخرج زنا الصبي والمجنون والمكره بالصبي التي لا تشتهى والميثة واليهيمة ودخل وطء المحور ولكن  
يرد على عكس زنا المرأة فانه زنا ولا يصدق عليه جنس التعريف وما أجيب به من أن زناها يدخل بطريق التبعية  
بسبب التمكين طوعاً كان معناه أن لها زنا حقيقة وأن ذلك التمكين هو مسمى زنا لغته وتسمى هي زانية  
حقيقة لغوة بانه تمكين فلا شك في أنه لا يشمله الجنس الذي هو وطء المسكاف لانه ليس هو عين تمكين المرأة  
ففساد الحد بماله وكون فعلها تابعاً لفعله انما هو في الوجود الخارجي والكلام في تناول اللفظ وان أراد أنها  
لا تسمى زانية حقيقة أصلاً وأن تسميتها في قوله تعالى الزانية والزاني بطريق المجاز فلا حاجة الى أنه تبع بل لا  
يجوز ادخاله في التعريف وعلى هذا كلاً السرخصي والمصنف وغيرهما في مسئلة ما اذا مكنت البالغة العاقلة  
المسلمة مجنوناً أو صبيها على قول أبي حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سياتي وبما ذكرنا يظهر فساد ما أجاب به  
بعضهم بان فعل الوطء أمر مشترك بينهما فاذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هي واطئة  
ولذا سماها سبحانه زانية وأعجب من هذا الجواب أنه قال في الاراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بان  
وطءه ليس يصدق على تمكينها به وهو فاذا جعل الجنس وطء الرجل فكيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون  
الفعل الجزئي الخارج اذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فلا آخر منها اذا كانت طائفة لا يقتضي أن اللفظ  
الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق أنهم ان كانت زانية حقيقة أو أريد شمول التعريف لزانها فلا بد من  
زيادة قوله أو تمكينها بل يجب أن يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال المسكاف الطائع قدر حششته  
قبل مشتهة حالاً وأما ضابطاً لما لا يشبهه أو تمكينه من ذلك أو تمكينه بالصدق على ما لو كان مستلقياً ففعلت  
على ذكره فتركهما حتى أدخلته فانه ما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين وقوله لانه  
فعل الخ تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته في الزنا أي انما شرط ذلك لان الزنا محذور فلا بد في حقيقة من ذلك وقوله  
يؤيده الحديث أي يؤيد الأمرين معا وذلك أنه ما أقاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة أقاد عدمها  
ودروا الحد عند حقيقة الملك كافي الجارية المشتركة بطريق أولى فهو بدلالته ثم الحديث المذكور قيل لم  
يحفظ مرعوا وذكر أنه في الخلافات البهقي عن علي رضي الله عنه وهو في مسند أبي حنيفة عن مقسم عن ابن  
عباس رضي الله عنه ما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود بالشبهات وأسند ابن أبي شيبة عن  
فعلها وأنه زنى بدليل إقامة الحد عليها وكذا يحد قاذفها قلنا ذلك داخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعاً

ثم لا وجه لترك التعليل بوجوب حد الزنا عليها بل هو النافع في هذا المقام فانا بصدد بيان ما يوجب الحد وزناها منه فلا بد من بيان ماهيته  
(قوله والمرأة تدخل فيه تبعاً) أقول قوله والمرأة أي وزنا المرأة وقوله تدخل فيه تبعاً أي بنفهم تعريفه التام (قوله لما سيجي بعده هذا الخ)  
أقول لعله تعليل لاصالة الرجل المذموم من التعريف

الحديث على الرجل يجب قلى المرأة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة فان قلت قوله لانه فعل محظور وتعليل واقع في غير محله لانه في النصوص قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا ونقرر بكلامه أن ما اعتبروا أن يكون في غير شبهة الملك لانه فعل محظور (٢٢) بوجوب الحد فيه بغيره السكال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة

قوله عليه الصلاة والسلام ادر وا الحدود بالشبهات ثم الشبهة في شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية

كلمة السكال في الحظر عند التعريف عن الملك وشبهته (يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادر وا الحدود بالشبهات ثم الشبهة وهي ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا (نوع شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه) أي هي شبهة في حق من اشبه عليه وليس بشبهة في حق من يشبه عليه حتى لو قال علمت أنهم اتحرم على حد (وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية) وتسمى شبهة ملك أيضا فانما لا يوجب الحد وان قال علمت أنهم اتحرم

اراهم هو التخي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لان افعال الحدود بالشبهات أحب الى من أن أقبحها بالشبهات وأخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رضي الله عنهم قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرأه ونقل ابن خزم عن أصحابهم الظاهرية أن الحد بعد ثبوته لا يحل أن يدور بشبهة وشنع بان الآثار المذكورة لاثبات الدرع بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها وأعل ما عن ابن مسعود عمار واه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن أبي شيبة فانهم ما علوه بالحق بن أبي فروة وأما التمسك بما في البخاري من قوله عليه الصلاة والسلام ومن اجتراء على ما يشك فيه من الأثم أو شك أن يواقع ما استبان والمعاذ حتى حي الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه فان معناه أن من جهل حرمة شيء وحله فالورع أن عسك عنه ومن جهل وجوب أمر وعدمه فلا يوجب من جهل أو وجب الحد أم لا وجب أن يقيم ونحن نقول ان الارسال لا يبرح وان الموقوف في هذا له حكم المرفوع لان اسماء الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاها أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع شبهة في ذلك كره صحابي حمل على الرفع وأيضا في اجماع فقهاء الامصار على أن الحدود تدور بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وأيضا تلقاه الامة بالقبول وفي تنبيه المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يرفع في المسئلة فدل على أنه عليه الصلاة والسلام قال لما عزا لعلك قلت لعلك لمست لعلك غزت كل ذلك يلقيه أن يقول نعم بعد اقراره بالناو ليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها ترك والا فلا فائدة ولم يقل ان اعترف عنده بدين لعله كان ود يعتدك فضاعت ونحوه وكذا قال للساوق الذي جرى به اليه أسرفت ما خاله سرق والغامدية بنحو ذلك وكذا قال على رضي الله عنه لشراحتي على ما أسقلنا لعله ونفع عليك وأنت فائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولا لحاصل من هذا كله كون الحد يحتمل في درته بلا شك ومعالم أن هذه الاستفسارات المقيدة لقعد الاحتمال للدره كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار به الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار ومن قوله ادر وا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوت من جهة الشرع فكان الشك فيه شكا في ضروري فلا يلتفت الى قائله ولا يعول عليه وانما يقع الاختلاف أحيانا في بعض أهى شيمه صالحة للدره أو لاين الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وايس بثابت ولا فقهاء في تفسيرها وتسميتها اصطلاحا فالتأني في الشبهة ثلاثة أقسام في المحل والفاعل والجهة أما الشبهة في المحل فوط من وجته الخائض والصائغة والمحرمه وأتمه قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطئ أمته المحرمه عليه بوضاع أو نسب أو

(قوله وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة) أقول سيجي عن المصنف أن الرافع الرجل حقيقة وتسمية المرأة زانية مجاز ثم سيجي أن الحربى اذا زنى بغيره والمكره بمطوعة تحذ الذمية والمطوعة دون الحربى والمكره عند أبي حنيفة وهذا الذي ذكره الشارح مخالف لما سيجي وجوابه أنه موجب فيما أيضا وانما السقوط لما منع كسقوط القصاص من الأب فلا مخالفة (قوله وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة في تحقيق الزنا) أقول الأولى

فلما تحقق الحدود بتمكينها ثبت في حقها أيضا فلها أيضا البها ووجب الحد عليها أيضا بفعال رجل دل عليه أنه اذا امتنع في حق الرجل بان مكنت بالغة العاقلة صيا أو مجنون لا يجب عليها الحد أيضا عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله لعدم التمكن من فعل هو زنا لان فعل الصى والمجنون لا يوصف بالزنا فلم يتحقق الزنا بتمكينها فلم يجب عليها البائع العاقل اذا زنى بصبيبة أو مجنونة حد دونها التحق الزنا من الرجل ولا حد عليها وان مكنت من الزنا لا غير مخاطبة (قوله وتسمى شبهة اشتباه) أي هي شبهة في حق من اشبه عليه وليس بشبهة في حق من لم يشبه عليه حتى لو قال علمت أنهم اتحرم على حرام حد (قوله وتسمى شبهة حكمية) أي ناشئة عن دليل

أن يقول ايمان اعتبارهم انتفاء الملك وشبهته حتى يطابق كلام المصنف الا أن يقال المقصود بالبيان انتفاء الشبهة فلاولى وانتفاء الملك أمر ظاهر لا يحتاج الى البيان و اراد المصنف في التعريف ليكون كالتمهيد لذلك كرا الشبهة فليست أمثل (قوله ونقرر بكلام الخ) أقول فيكون تعديلا للحكم الضمني الذي يفهم من التعريف (قوله لانه فعل محظور بوجوب الحد فيه بغيره) أقول أي يعبر في الحظر

على (فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه أن يظن غير الدليل دليلة) كما إذا ظن أن جارية تحمل له بناء على أن الوطء نوع استخدام واستخدام (الجارية يتحمل فكذلك الوطء فيكون تحققها بالنسبة الى الظان) (والثانية تتحقق بقيام الدليل الثاني للحرمة في ذاته) لكن لا يكون عاملا لمانع اتصالهما (و) هذه (لا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحديث سقط بالنوعين) جميعا (لا طلاق الحديث) لكن في الاولى عند انقضى وفي الثانية على كل تقدير (والنسب يثبت في الثاني) أي في الوطء الثاني وقبل أي في المذكور الثاني والاولى ان يقال في النوع الثاني (إذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض) أي خلص (زنا في) الشبهة (الاولى وان سقط الحد لا مرجع اليه) أي الى الواطئ وقيل هذا ليس بجري على عومه فان المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لان هذا (٣٣) وطء في شبهة العقد فيكفي لاثبات النسب وفي الايضاح المختلعة والمطلقة

بغرض ينبغي أن تكون كما المطلقة ثلاثا وعد شبهة الفعل وهي في ثمانية مواضع كما ذكرنا قال ظننت أنها تتحمل في فلا حد لان الانسان يتنفع بماله هو لاه حسب انتفاعه بماله نفسه فكان هذا ظنا في موضع الاشتباه فممتنع الحد وان قال الرجل علمت أنها حرام على وقالت الجارية ظننت أنه يحمل لي لا يحد واحد منهما أما المرأة فلدغوى الشبهة وأما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فإذا سقط الحد عن المرأة سقط الحد عن الرجل لمكان الشبهة على ما سيجي

(قال المصنف والنسب يثبت في الثاني اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول) أقول في الكافي اذا وطئ الجدة أمه وولد له لا يحد لشبهة الملك فان حبلى فولدت لا يثبت نسبه عند قيام الاب ونقل صاحب النهاية عن خزانه الفقيه أبي الليث اذا زني بجارية فأنزلته والاب في الاحياء وقال

فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه أن يظن غير الدليل دليلة لا يحد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل الثاني للحرمة في ذاته ولا تتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحديث سقط بالنوعين لا طلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لا مرجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية أيبه وأمه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وباتنا بالطلاق على مال أو صهرية كما خت أو بنته منها أو أم من الرضاع أو موطوءة أيبه أو ابنته يجب الحد على الاظهر وأما الشبهة في الفاعل فمثل أن يحد امرأة على فراشه فيطأها طائفا ثم امرأته فلا حد اذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه وأما الشبهة في الجهة قال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بهم الا حد فيها وان كان الواطئ يعتقد التحريم كالوطء في النكاح بلاولى وبلاشهود أو صححها بعضهم الشبهة قسمين شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أي شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشبهه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أي الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل (قوله فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه الخ) أي من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل في السمع بقيد الحل بل ظن غير الدليل دليلة كما يظن أن جارية زوجته تحمل له فأنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا حد من الظن والا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لثبوت الشبهة في نفس الامر فلا يمكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا (والثانية) وهي الشبهة الحكمية (تتحقق بقيام الدليل الثاني للحرمة في ذاته) كقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك سواء ظن الحبل أو علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الامر علمها أحد أو لم يعلمها (قوله والحد يسقط بكل منهما لا طلاق الحديث) يعني قوله عليه الصلاة والسلام ادروا الحدود بالشبهات (قوله والنسب يثبت في الثاني) أي في شبهة المحل (اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا)

الشرع (قوله لان معناه أن يظن غير الدليل دليلة) كما إذا ظن أن جارية يتزوجته تحمل له بناء على أن الوطء نوع استخدام والاستخدام يتحمل فكذلك الوطء (قوله والثانية تتحقق) أي تكون شبهة في حق السك (قوله لا طلاق الحديث) وهو قوله عليه السلام ادروا الحدود بالشبهات (قوله جارية أيبه) وكذا جارية جده وان علا (قوله والمطلقة ثلاثا وهي في العدة) لان بعض أحكام النكاح قائم بعد الطلاق الثلاث من النفقة والسكنى وحرمه نكاح الاخت وثبوت النسب ولو جاءت بولدين سنتين فان قيل بين النكاح اختلاف أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أم لا فينبغي أن يصير ذلك شبهة في اسقاط الحد قلنا هذا خلاف غير معتد به حتى لا يسع القاضي أن يقضى به ولو قضى لا ينفذ رأيت لو وطئها بعد العدة أكننا سقط الحد عنه بقول من يقول لا يقع (قوله وباتنا بالطلاق على مال) وانما قيد البيئونة بالمال لان البيئونة اذا حصلت بدون المال فوطئها في العدة فلا حد عليه

(٥ - فتح القدير والكفاية - خامس) ظننت أنها على حرام لا يحد ويثبت النسب اه وفي مغراج الدراية ذكر البرزوي وطئ جارية حافده والاب في الاحياء لا يجب الحد باعتبار الولاد والشبهة نشأت من الابوة وهي قائمة ولهذا يعتق عليه لكن ليس له ولاية الملك حال قيام الاب الاقرب فلا يمكن تحقيق الفراش مع مساس الحاجة فيبقى وطئها في غير الملك لكن فيه شبهة الملك فتكفي لدرء الحد ولا تكفي لاثبات النسب اه قال الاتقاني الجسد اذا وطئ جارية بولده لا يثبت النسب ولا يجب الحد اذا كان الاب في الاحياء كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اه (قوله وقيل هذا ليس بجري على عومه) أقول وهذا القول غير مقبول عند الشارح كما سيجي في الورق الاتقاني (قوله لان هذا وطء في شبهة العقد) أقول فيه بحث

فان قيل ما وجه الاستنباط في المطابقة الثلاث حتى لا يحد اذا قال طنت أنها تحل لي أجب بان وجه بقاء بعض الاحكام بعد الطلاق الثلاث من النفقة والسكنى وحمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالوليد ثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف في أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أو لا فينبغي أن يكون ذلك شبهة في اسقاط الحد أجب بانه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضي لم ينفذ قضاءه وانما قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فيه طه في العدة فلا حد عليه وان قال علمت أنها على حرام على ما يجي وشبهة أم ولد أعتقها مولاها هي ما قلنا في المطابقة ثلاثا وهي في العدة من قيام أثر الفراش فكان الظن في موضع الاستنباط وشبهة العبد في جارية المولى انبساط يد العبد في مال مولاه والجارية من ماله بخاز أن يطن (١) حمل الانبساط فيها بالوطء (والجارية المرهونة في حق المرتن في رواية كتاب

الحدود) يعني اذا قال المرتن طنت انها تحل لي لا يحد وعلى رواية كتاب الحدود في هذه المواضع لا حد عليه اذا قال طنت أنها تحل لي ولو قال علمت أنها على حرام وجب الحد والشبهة

لفرض أن لا شبهة ملك إلا أن الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو أمر راجع اليه أي الى الواطئ لا الى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء وكذا لا تثبت به عدة لانه لا عدة من الزاني قبل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لانه وطء في شبهة العقد فيكفي ذلك لاثبات النسب وفي الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي أن تكون كال المطلقة ثلاثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة عن ثلاث أو نخلع ليس باعتبار وطء في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكرنا أن نسب ولدها يثبت الى أقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعني لانه اذا كان لأقل من سنتين أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامها وأنت علمت في باب ثبوت النسب أنها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبها اذ لم يدعه أما اذا ادعاه فانه قد نص على انه يثبت ويحمل على وطء في العدة بشبهة والكلام ههنا مطلق في عدم ثبوت النسب مع الالبانة زنا محض فلا بد من الجمع بحمل أحد النصين على ما هو الاول في النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة لعقر بخلاف باقي محال شبهة الاستنباط كجارية أبيه وأمهم ونحوه ما فانه لا شبهة عقد فيه ما فلا يثبت النسب بالدعوة بشبهة الفعل في ثمانية مواضع لأن لا يطأ جارية أبيه وأمهم وكذا جده وجدته وان علمنا أوز وجته أو المطلقة ثلاثا في العدة أو بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينة بلا مال فهي من الحكمة أو أم ولده التي أعتقها وهي في عدته والعبد يطأ جارية مولاه المرتن يطأ المرهونة في رواية كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن في هذا ينزله المرتن (ففي هذه المواضع لا حد اذا قال طنت أنها تحل لي ولو قال علمت أنها حرام على وجب الحد) ولو ادعى أحدهما الطن والاخر لم يدع لاحد علم ما حتى يقر اجماعا بعلمها الحرمة لان الشبهة اذا ثبتت في الفعل من أحدهما لم يثبت بعدت الى الآخر ضرورة والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنة المطلقة طلاقا بائنا بالكنيات والجارية المبيعة اذ وطئها البائع قبل تسليمها الى المشتري والمجعولة مهر اذ وطئها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيها لم يستقر للزوجة واشترى والمالك كان مساطا على وطئها بئنا لا يدعم الملك ومالك البدنات والمالك الزائل من زل والمشاركة بين الواطئ وغيره والمرهون اذ وطئها المرتن في رواية

وان قال علمت أنها على حرام (قوله والجارية المرهونة في حق المرتن في رواية كتاب الحدود) لان الثابت له بد الاستيفاء والاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من ماله يتها فلم يصادف الوطء محل الاستيفاء فلم تثبت شبهة المحل قياسا على الاجار فان عقد الاجارة لم يفسد ملك المتعبد بحال لم يورث قيام الاجارة في المحل شبهة

الحدود) يعني اذا قال المرتن طنت انها تحل لي لا يحد وعلى رواية كتاب الحدود في هذه المواضع لا حد عليه اذا قال طنت أنها تحل لي ولو قال علمت أنها على حرام وجب الحد والشبهة

اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال في الجملة سبب ملك المتعة وان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب ملك في حق المال فيشتبه انه هل يثبت له بهذا القدر ملك المتعة ولا بخلاف الاجارة فان الثابت به ملك المتعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشتبه وبخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب ملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مال المرهون عند اهلاكه وملك المال بعد اهلاكه لا يملك المتعة في مال من (قوله فأن أورد قيامها في المحل شبهة حكمية) أقول لفظة ما في قوله فأن أورد نافية (قوله وان لم يكن سببا في الرهن) أقول لانه انما يملك مال المرهون بعد اهلاكه ولا يقبل ملك المتعة كما سئل كره

الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة ثم عد الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ما ذكرها (جارية ابنه) لقيام المقضى للملك وهو قوله عليه السلام أنت وملكك لا يملك (والملقة طلاقاً بائناً بالكنيات) لاختلاف الصحابة في كونها (٣٥) رجعية أو بائنة (والجارية المبيعة في

حق البائع قبل التسليم) لان السيد السني كان بها متسلطاً على الوطء باقية بعد فصارت شبهة في المحل (والمهورة في حق الزوج قبل القبض) لقيام ملك اليد (والمشركة) لقيام الملك في النصف (والمهرونة في حق الميراث في رواية كتاب الرهن) وقد ذكرنا وجهه (في هذه المواضع لا يحد) بكل تقدير وهذا النوعان من الشبهة هما كل راجعاً الى الغافل والقائل ثم شبهة أخرى وهي التي تثبت بالعقد فانها عند أبي حنيفة تثبت به سواء كان العقد حلالاً أو حراماً متفقاً عليه أو مختلفاً فيه وسواء كان الواطئ عالماً بالحرمة أو جاهلاً بها (وعند العلماء) الباقي لا تثبت اذا علم بتحرمة ونظر ذلك في نكاح المحارم على ما ياتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا أي هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشبهة سهل تخريج الغرر على ذلك وهو واضح

(قوله والمهورة في حق الزوج) أقول أي التي جعلت مهرها (قوله قبل القبض) أقول أي قبل قبض الزوج (قوله هو ما كان راجعاً الى الغافل الخ) أقول كانه يشير الى دع اختلال الحصر بتقيد

في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والملقة طلاقاً بائناً بالكنيات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والمهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمهرونة في حق الميراث في رواية كتاب الرهن في هذه المواضع لا يجب الحدوان قال علمت أنها على حرام ثم الشبهة عند أبي حنيفة في حرمته تثبت بالعقد وان كان متفقاً على تحريره وهو عالم به وعذر الباقي لا تثبت اذا علم بتحريره ونظر ذلك في نكاح المحارم على ما ياتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا (ومن طلق امرأته ثلاثاً ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها على

كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالمختارة في هذا المواضع لا يجب الحدوان قال علمت أنها على حرام لان المانع هو الشبهة وهي هنا قائمة في نفس الحكم أي الحرمة القائمة فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظراً الى دليل الحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم أنت وملكك لا يملك ونحوه ولا اعتبار بمعرفة بالحرمة وعدمها وفي الايضاح في المهرونة اذا قال ظننت أنها تحل لي ذكر في كتاب الرهن أنه لا يحد في كتاب الحدود ويحد فلا يعتبر ظنه لانه لا استيفاء من عينه بل من معناها فلا يكتفى الوطء حاصل في محل الاستيفاء أصلاً فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطئ جارية الميت ووجه عامة الروايات أنه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفياً وما كان بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها واخياراً للبائع ووجه رواية كتاب الحدود أن عقد الرهن لا يقيد ملك المتعة بحال فهي كالمتاجرة للخدمة ومقتضاه أن يجب الحدوان اشتبهه الآن ملك العين في الجملة سبب الملك المتعة وان لم يكن في الرهن سبب بخلاف الاجارة فان الثابت به ملك المتعة ولا يمكن كونه سبباً لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فانه يقيد الملك حال قيام الجارية بخلاف المهرونة لا يقيد الملك الا مع هلاكها فلا يصور كون ملكها سبباً للاستمتاع بها فكان كملك المتعة وهذا قد دخل في سبب الملك صورته وطء جارية عتده المأذون المسدون ومكاتبه وطء البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري وينبغي أن زاد جاريته التي هي أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والاستبراء يقيد ذلك غير ذلك أيضاً كالأزوجة التي حرمت بولدها أو بطاوعته لابنه أو جماعة أمهاتهم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الأئمة لم يحرم به فاستحسن أن يدرأ بذلك الحد فلا يقتصر على الستة لافائدة فيه (قوله ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد وان كان متفقاً متفقاً على تحريره وهو عالم به وعند الباقي لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريره ونظر ذلك في نكاح المحارم) فصارت الشبهة على قول أبي حنيفة ثلاث شبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد أن يطأ التي تزوجها بغير شهود أو بغير إذن مولاها وهي أمة أو وطئ العبد من تزوجها بغير إذن مولاها قال ولو تزوج أمة على حرة أو مجوسية أو خنثى عقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام لاحد عليه

حكمية فعلى هذا كان ينبغي أن يجب عليه الحد اشتبهه أو لم يشبهه كافي الجارية المستأجرة لانه لا يجب عليه الحد اذا اشتبه عليه لانه اشتبه عليه ما يشبهه لان ملك المال في الجملة سبب ملك المتعة وان لم يكن سبباً في الرهن وقد انعقد له سبب الملك في حق المال فيشتبه عليه أنه هل يشبه بهذا القدر ملك المتعة بخلاف الاجارة لان الثابت بالاجارة ملك المتعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبباً لملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه ما لا يشبهه ووجه رواية كتاب الرهن أنه اذا وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبهه أو لم يشبهه قياساً على ما لو وطئ أمة اشتراها على أن البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفياً حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال وانما حذفت حقيقة الملك وقت الهلاك والجواب عن هذا أن البيع بخيار الشرط انما يقيد له الملك حال قيام الجارية بملك المال حال قيام الجارية بملك الملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وهما انما يملك لدية المهرون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يقيد له سبب ملك

المقسم بما يكون راجعاً الى أحدهما (قال المصنف ثم الشبهة عند أبي حنيفة حينئذ تثبت بالعقد) أقول أي الشبهة في المحل وعندهما تلك شبهة اشتباه فلا خلل في الحصر في نوعين كالأختى ولو سلم أنهم مغايرة لهما فالقسم هو الشبهة التي لا اختلاف فيها

حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة مستغنية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعبر قول المخالف فيه لانه خلاف لاختلاف ولو قال فلذنت أنها تحل لى لا يحسد لان الظن في موضعه لان أثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر بطنه في اسقاط الحد وأما الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لموت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها أنت خلية أو برة أو أمك يسدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال عات أنها على حرام لم يحسد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم فيه فمن مذهب غير أنهم تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات

عند أبي حنيفة وعندهما يحسد (قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل) اذ قال تعالى فان طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره (وعلى ذلك الاجماع فلا يعبر قول المخالف فيه) أى في الحل وهم الامامية والزيدية الغائلون بان الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجه (لانه خلاف) بعد تقرر الاجماع فلا يعبر (لاختلاف) كائن بين الامه حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعبر وهذا لما قد منه في أول كتاب الطلاق من أن اجماع الصحابة تقرر في زمن عمر على ذلك وأن الاحاديث الواردة في أنها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما يعلم فيما أسلفناه وصرح عن علي رضي الله عنه وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه ثم لا يخفى أن ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعبر إنما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله نطق الكتاب بانتفاء الحل لان محل انتفاء الحل في الكتاب ما ذا وقع الثالثة بعد تقدم ثنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم في الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص (قوله ولو قال ظننت أنها تحل لى لا يحسد لان الظن في موضعه لان أثر الملك قائم) بقيام العدة حتى يثبت النسب اذ ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها ولذا يحرم عندنا نكاح أختها أو أربع سواها وتمنع شهادة كل منهما لصاحبه فامكن أن نقس حل الوطء على بعض هذه الاحكام فجعل الاشتباه عليه عذرا في سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطئ امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لى أو جارية أجنبية على ما ياتي لانه في غير موضعه (قوله وأما الولد اذا اعتقها مولاها) وهى في العدة (والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلاثا لموت الحرمة بالاجماع) يريد حرمة أن يطأها في العدة بخلاف الرجعية لانه لا اجماع في حرمة وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كان (قال أنت خلية أو برة أو أمك يسدك فاختارت نفسها) ونحوه (ثم وطئها في العدة وقال عات أنها على حرام لم يحسد لاختلاف الصحابة) في الكناية (فمن مذهب غير أنهم) أى الكنايات (رجعية) وكذا عن ابن مسعود في مصنف عبد الرزاق حدثنا الثوري عن منصور وحديثي ابراهيم عن علقمة والاسود أن ابن مسعود جاء اليه رجل فقال كان بيني وبين امرأتى كلام فقال لو كان الذي يسدك من أمرى يسدي لعلمت كيف أصنع قال فقلت لها قد جعلت أمرك يسدك فقلت أنا طالق ثلاثا قال ابن مسعود أراها واحدة وأنت أحق بالرجعة وسانا أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه فقال ماذا قلت قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم تصب وأخرج ابن أبي شيبة عنهما في مصنفهما أنها قال في البرية والخلية هي تطليقة واحدة وهو أمك رجعتا وأخرج محمد بن الحسن في الآثارنا خبرنا أبو حنيفة عن جابر بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما كانا يقولان في المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهي امرأتها وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها أمك بها ومن مذهب علي في خلية وبرية أنها ثلاث على ما أخرجه عنه ابن أبي شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها أنها واحدة أو ثلاث

المتعة بحال من لاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة كذا في الخبرية وذ كرى الايضاح وأما المهرهونة اذا وطئها المرتن وقال ظننت أنها تحل لى فقد ذ كرى كتاب الرهن أنه لا يجب عليه الحدوذ كرى كتاب الحدود أنه يحسد ولا يعتبر بطنه لان الاستيفاء من عينه لا يتصور وانما يتصور من معناه فلم يكن الوطء حاصل في محل الاستيفاء فلم تثبت الشبهة للفعل وصار كالفرم اذا وطئ جارية المبت (قوله ولا يعبر قول المخالف فيه) وهو قول الروافض

بما ذكرناه وقوله (وقد نطق الكتاب) يعني قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد وقوله (ولا يعبر قول المخالف فيه) يريد به قول الزيدية والامامية فان الزيدية تقول اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية تقول انه لا يقع شيء أصلا لكونه خلاف السنة و يزعمون أنه قول علي رضي الله عنه (لانه خلاف لاختلاف) والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفا والمقصد واحدا والخلاف أن يكون كلاهما مختلفا وقوله (ولو قال ظننت أنها تحل لى) ظاهر وقوله (في حق النسب) يعني النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا بالنسب بهذا الوطء فانه



وكذا اذ انوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك (ولا حجة على من وطئ جارية ولده وولد لده وان قال عات أنها على حرام) لان الشبهة حكمية لانها اشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك

وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كون من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه نسخاً أو طلاقاً وعلى كل حال الحرمة ثابتة فانه لم يقل أحد ان المختلعة على مال تقع فرقها طلاقاً رجعيًا وكذا الوفاى ثلاثاً بالكناية فوقعن فوطئها في العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت انهم احرام لا يحد لفتح الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف أن تحققها بقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره أبو حنيفة حتى لم يخفف النجاسة به فوجهه أن قول المخالف عن دليل قائم المتعوان كان غير معمول به كأي قول عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك الأب لال ابنه نفسه وهذه المسئلة يا غيرهما فيقال مطلقة ثلاثاً وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهي ما وقع الثلاث عليها بالكناية (قوله ولا حجة على من وطئ جارية ولده أو ولد لده) وان كان ولده حياً وان لم تكن له ولا ية تلك مال ابن ابنه حال قيام ابنه وتقدمت هذه المسئلة في باب نسكاح الرقيق ثم في الاستيلاء وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذرى عن جابر أن رجلاً قال يا رسول الله ان لى مالاً وولداً وأبى يريد أن يجتاح مالى فقال أنت ومالك لأبيك وأخرج الطبرانى في الاصح والبيهقى في دلائل النبوة عن جابر جابر رجل اليه عليه الصلاة والسلام فقال يا رسول الله ان أبى يريد أن يأخذ مالى فقال عليه الصلاة والسلام ادع له فلما جاءه قال له عليه الصلاة والسلام ان ابنك يزعم أنك تريد أن تأخذ ماله فقال له هل هو الاعماله أو قراباته أو ما أنفقته على نفسي وعيالى قال فهو طبع جبريل عليه السلام فقال يا رسول الله ان الشيخ قال في نفسه شعر الم تسمعه أذناه فقال له عليه الصلاة والسلام قلت في نفسك شعر الم تسمعه أذناك فنهاته فقال لا تزال تريد ان تملك بصيرة وبقينا ثم أنشأ يقول

فشدوك مولوداً ومنتك يا فعا \* تعل بما أجبني عليك وتنهل  
اذ ليله ضافتك بالسقم لم آبت \* لسقمك الاساهر انتمل  
تخاف الردى نفسى عليك وانها \* لتعلم أن الموت حتم موكل  
كأنى أنا المطروق دونك بالذى \* طرقت به دونى فعينى تمهل  
فلما باغت السن والغاية السقى \* اليك مرأى فيك كنت أو مل  
جعلت جزائى غلظة وفظاظة \* كأنك أنت المنعم المتفضل  
فليتك اذ لم ترع حق أبوى \* فعلت كما الجار الجاور يفعل  
فاوليتنى حق الجوار ولم تكن \* على مال دون مالك تفضل

قال فبكى صلى الله عليه وسلم ثم أخذ بتلييب ابنه وقال اذهب أنت ومالك لأبيك وروى حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المصنف بهذا (ويثبت النسب) يقتضى بالطلاقة أن يثبت نسب ولد الجارية من وطئ والسيد هاو جده وان كان ولده الذى هو سيد الامه حياً فانه قال في وضع المسئلة لاحد على من وطئ جارية

فعند الزيدية بايقاع الثلاث جله تقع واحدة رجعية وعند الامامية لا يقع شئ وزعمون أنه قول على رضى الله عنه فينبغى أن يصير ذلك شبهة في المحل كقول عمر رضى الله عنه في الكنايات الا أنه قول مجهول ومخالف لقول الجمهور ولا يؤثر في ابراث الشبهة في المحل فقد صرح عن على رضى الله عنه أنه يقع الثلاث جله فيكون ذلك خلافا لاختلاف أى قولاً بل دليل لاختلافنا ناشئ عن دليل فلا يعتبر (قوله وكذا اذ انوى ثلاثاً لقيام الاختلاف مع ذلك) فان مذهب عمر رضى الله عنه في ذلك أنه تقع واحدة رجعية أيضاً وابن مسعود رضى الله عنه مع في قوله أمر لك بذلك في أنه تقع واحدة رجعية اذ انوى ثلاثاً (قوله وولد لده) أى وان كان ولده حياً وفي خزانة الفقيه أبى الليث رحمه الله اذ انوى بجارية نافلتس والاب في الاحياء وقال علمت أنم على حرام لا

لا يثبت وقوله (وكذا اذ انوى ثلاثاً لقيام الاختلاف مع ذلك) أى كذلك الحكم اذا نوى من ألقاها الكناية ثلاثاً ثم وطئها في العدة لا يحد وان قال عات انها على حرام لان اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله (ولا حجة على من وطئ جارية ولده وولد لده) يعنى وان كان ولده حياً وقد يشير الى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة في حق الجد

والابوة قائمة في حق الجد قال (ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه (واذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال طئنت أنما تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت أنما على حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه) لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية طئنت أنه يحل لي والفعل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد

ولده وولد ولده ثم قال ويثبت النسب أي من والطي جارية ولده وولد ولده لكنه انما أراد من والطي جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجسد لا يملكها حال حياة الاب ومارقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزائن الفقه لابي الليث اذا زنى بحارة نافلت والاب في الاحياء وقال طئنت أنما على حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحد كما يغلطه وأنه سقط عنه لفظة لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس أبي الليث صرح في شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به في الكافي وفي المبسوط ان من وطئ جارية ولده لم يحد ولده فبان بولده فادعاء فان كان الاب حيا لم تثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذا الولدان محصنة لاستيلا تبتني على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حياة الاب ولكن ان أقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم أنه نابت النسب من الجسد وانه عم فيعتق عليه بالقرابة ولا شيء على الحد من قيمة الامة لانه لم يملكها وعليه العقر لان الوطء ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولده بعد موت الاب لاقل من ستة أشهر لانا علمنا أن العلوف كان في حياة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولده بعد موته بستة أشهر فهو صدق في الدعوة صدقة ابن الابن أو كذبه لان العلوف حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب في الولاية فله أن ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاء (قوله واذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال طئنت حلها لي فلا حد عليه ولا على قاذفه) وزفر يحده لقيام الوطء للحالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتاويله الفاسد كولو وطئ جارية أخيه أو عمه على ظن الحل (وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه) فقال طئنت حلها لي لا يحد وان قال علمت حرمتها حد (لان بين هؤلاء) أي بين الانسان وبين أبيه وأمّه وزوجه والعبد وأمة سيده (انبساطا في الانتفاع فظن أن منه الاستمتاع) بخلاف ما بين الانسان وأخيه وعمه على ما يأتي (فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه) وقوله (وكذا الجارية) أي اذا قالت الجارية طئنت أن عبد مولاي أو ابن مولاي أو مولاتي يحل لي أو زوج سيدي وكذا في الآخرين (والفعل لم يدع) ذلك لا يحد (في ظاهر الرواية لان الفعل واحد) وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يحد للفعل لان الشبهة انما تكنت في التبع وهي المرأة تابعة في الزنا فلا تكون متمكنة في الأصل بخلاف ثبوته في جانب العبد اذا قال طئنت حلها لان الثبوت في الأصل يستتبع التبع وأوجب بان الفعل لما كان واحدا له نسبة اليهما كان ما يثبت فيه ما يعلق بكل من طرفيه أو ورد عليه ما لورني البالغ بصيغة يحد وهو دونها أوجب بان سقوط الحد عن الصبية لا للشبهة في الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحكم عليه وانما عتقوا إيجابه عليها لانه ليست أهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت في الفعل نفت الحد عن طرفيه واذا سقط الحد كان عليه العقر

يحد ويثبت النسب (قوله والابوة قائمة في حق الجد) في الكافي والجد كالأب لان الشبهة نشأت من جهة الابوة وهي قائمة لكن لا يثبت نسبه عند قيام الاب بهذا بخلاف ما ذكر في الخزانة (قوله والفعل لم يدع في الظاهر) أي في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الجارية ان ادعت الحبل ولم يدع الفعل حد لان المرأة تابعة في الزنا فالشبهة المتمكنة في جانب التبع لا تعتبر في جانب الأصل بخلاف ما اذا ادعى الرجل الظن لانه أصل في الفعل فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصيغة حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضا واحد قلنا نعم كذلك لأن سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الاهلية للعقوبات لا باعتبار الشبهة فلذلك اختص عدم الوجوب هناك بالصبية واما ما نحن فيه من الوجوب على الجارية

وقوله (وند ذكرناه) أي في باب نكاح الرقيق قوله (وكذا اذا قالت الجارية) معطوف على قوله وقال طئنت أنما تحل لي وقد قدمناه وقوله (في الظاهر) يتعلق بقوله وكذا أي لأحد على العبد في ظاهر الرواية (لان الفعل واحد) فورد الشبهة في أحد الجانبين يكفي لاسقاط الحد عن الآخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصيغة حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضا واحد أوجب بان سقوط الحد في جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تكنت في فعل واحد من أحد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر في الجانب الآخر



(وان وطئ جارية أخيه أو عمه وقال طئنت أنها تحل لي حدلانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى لولادنا بيننا) يعني قوله لا انبساط في المال فيما بينهما فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق (٣٩) مال أخيه أو أخته لا يقطع أجيب بأن بعضهم

هناك يدخل بيت بعض من غير استئذان ولا حشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هناك الحرز وأما هنا فالحل دائر مع الملك أو العقد ولم يوجد الملك ولا شبهته ولا العقد فيجب الحد قال (ومن زفت اليه غير امرأته) هذا من باب الشبهة في المحل لان الفعل صادر منه بناء على دليل أطلق الشرع له العمل به وهو الاخبار بانها امرأته فجعل الملك كالنائب يدفع ضرر الغرور كمن اشترى جارية فوطئها ثم استغقت اعتبر الملك كالنائب يدفع الغرور كذلك ههنا ولهذا اذا جاءت بولي ثبت النسب ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت وكلامه واضح قوله (ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف) يعني انه يقول فيها ان احصائه لم يسقط هذا الفعل لانه بني الحكم على الظاهر فقد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط به احصائه ووجه الظاهر ان الملك منعدم

(قوله هذا من باب الشبهة في المحل) أقول فيه بحث بل الظاهر أنه من باب شبهة الاشتباه كما صرح به الزبيلي والنسفي في الكافي ومما يجب الايضاح ألا ترى أن الظاهر

(وان وطئ جارية أخيه أو عمه) وقال طئنت أنها تحل لي حدلانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى لولادنا بيننا (ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انما زوجتك فوطئها الا حد عليه وعليه المهر) قضى بذلك على رضى الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليل وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذا لانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوطء فصار كالغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان

لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولدها لو جاءته به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده (قوله وان وطئ جارية أخيه أو عمه) ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة (وقال طئنت أنها تحل لي حد) لانه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الاخر فدعوى طئنه محل غير معتبرة ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن ان وطئه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم ان الزنا حرام وانما ينبغي مسئلة الحرز اذا دخل دار الاسلام فاسلم فزنى وقال طئنت أنه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الاديان والمحل لا يختلف في هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمته الزنا لا يحد لا تنقضاء شرط الحد ولو أراد أن المعنى ان شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزاني أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الامر بينه وبين الله تعالى التوبة والابانة ثم اذا اتصل بالامام بثبوته وجب الحد على الامام هذا وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع قطره أن بينهما انبساطا أجيب بان القطع منوط بالحد من الحرز ودخوله في بيت هؤلاء بلا شبهة واستئذان عادة ينفي معنى الحرز فان بقي القطع أما الحد فنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت ههنا (قوله ومن زفت) أي بعثت (اليه غير امرأته) وقال النساء هي زوجتك فوطئها الا حد عليه وعليه المهر) وهذه اجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة ممن المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالوجه انما شبهة دليل فان قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء فان قول الواحد لم يقبل في المعاملات ولذا حل وطء الامة اذا جاءت الرجل وقالت مولاي أو سلمي اليك هدية فاذا كان دليل غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة (قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف) فان احصائه لا يسقط عنده هذا الوطء ولانه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمد دليل ولا يثبت النسب والمهر ياجع الصداقة فيكون وطئا حلالا طاهرا وأجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرا

باعتبار الشبهة والشبهة اذا تمكنت في فعل واحد من أحد الجانبين توثر في الجانب الاخر لا محالة (قوله وكذا سائر المحارم سوى لولادنا بيننا) أي لا انبساط في المال فيمكن الظن مستند الى دليل فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق من مال أخيه وأخته لا يقطع قلنا لان بعضهم هناك يدخل بيت البعض من غير استئذان وحشمة فلم يتحقق هناك الحرز والقطع دائر مع هناك الحرز وأما هنا فالحل دائر مع الملك أو العقد ولم يوجد الحل ولا شبهة فيجب الحد (قوله ومن زفت اليه غير امرأته) والمزفوفة وان كانت الشبهة فيها شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته الا أن الشارع أنزل الاخبار بالملك كالتحقق فدفع الضرر والغرور ولهذا قلنا بثبوت نسبه كمن اشترى جارية ووطئها ثم استغقت فانه يعتبر الملك كالنائب في المحل يدفع ضرر الغرور وكذلك ههنا (قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله) فان احصائه لا يسقط عنده لانه بني الحكم على الظاهر

انه ان علم انها ليست امرأته يحد ذلك يكون في شبهة الاشتباه ليس الا (قوله بناء على دليل أطلق الشرع الخ) أقول نعم الا أنه مع قيام دليل الحرمة والشبهة في المحل تكون مع قيام الدليل النافي للحرمة (قوله ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت) قوله فيه أن القياس كان ذلك الا أنه ثبت على خلاف القياس دفعا لضرر الغرور وكما عترف به (قوله ووجه الظاهر الى قوله ولا يقام الحد على قاذفه) أقول فيه بحث

المالك من عدم حقيقة (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لانه لا اشتباه بعد طول الصبغة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غير هامن المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان أعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا ان كان دعاهما فاجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف بحله فيلغو كما اذا أضيف الى المذكور

في ابراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد لكن سقط احصائه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب واطلقوا أن فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراما على لعلي بكذب النساء لا يجد ويحد فاذن الحق أنه شبهة اشتباه لا لعدم المالك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما يقتضاه ثبوت المالك نحو أنت وما لك لا يبيك والمالك القاسم للشر يك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه أعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه المعتدلة تظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين (قوله ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) خلافا لآلة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على الزوجة بجماع ظن الحل ولنا أن المسقط شبهة الحل ولا شبهة ههنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه وبجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه (وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة) من حبائنها الزائرات لها وقراباتها فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل حل فكان كالأول من المستباحة للخدمة والمودة خلافا لوطئها فانه يجد قال (وكذا اذا كان أعمى) لان الوجود على الفراش كذا كزنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه (وغيره) مثل ما يحصل بالنعمه والحركات المألوفة فيجد أيضا (الا اذا دعاهما فاجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل) وبارت شبهة النعمة خصوصاً لو لم تطل الصبغة وقد بقوله وقالت أنا زوجتك لانها لو لم تقبله بل اقتصر على الجواب بنعم ونحوه فوطئها لا يجد لانه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في اطمئنان النفس الى أنها هي (قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها) بان كانت من ذوى محارمه بنسب كأمه أو ابنته (فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) وسفيان لثوري وزفران قال علمتها على حرام ولكن يجب عليه بذلك المهر ويعاقب عقوبة هي أشد ما يكون من التعزير بسياسة لاحد مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي) وكذا مالك وأحمد (يجب الحد اذا كان عالما بذلك) (١) وكان يجب أن يوسطا الأضمة من المنفصل فيقول وقالوا هما والشافعي لم يعرف أن العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز الا أن يفصل بضمير منفصل عن غيره والا فساد ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة بوضاع أو صهرية منفق عليه وأما غير ذلك ففي الكافي لحافظ الدين منكوحه الغير ومعنته ومطلقة الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيسه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لم يكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج أمة على حرة أو تزوج بجوسية أو أمة بلاذن سيدها وتزوج العبد بلاذن سيده فلا حد عليه اتفاقا أما عنده فظاهر وكذا

فقد كان هذا الوطء حلالا في الظاهر فلا يسقط احصائه ولا كذا نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر انما بقي اعتبار الظاهر في ابراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد ولكن لا يقيم الحد كذا في الميسوط (قوله وهذا لانه قد ينام على فراشها غير هامن المحارم) أي لا يصلح مجرد النوم على فراشها دليل شرعا فكان مقصرا فيجب الحد (قوله فاجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك) ولو لم تقل أنا زوجتك لكن أجابته بالفعل لا يجد كذا في الايضاح (قوله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك) أي عالما بالحرمية وان قال

شبهة فلم يبق الظاهر الاشبهة وبها يسقط الحد ولا يقيم الحد على قاذفه وقوله (لانه قد ينام على فراشها غير هامن المحارم التي في بيتها) يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليل شرعا فكان مقصرا فيجب الحد وانما قال (وقالت أنا زوجتك) لانها اذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يجب عليه الحد اذا كان علم بذلك لان هذا عقد لم يصادف بحله وكل عقد لم يصادف بحله يأنغو (كما اذا أضيف الى المذكور)

(١) وكان يجب الخ هذا انما ينشئ على نسخة وقالوا والشافعي يعطف الظاهر على الضمير كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة الجراوي

(قوله وهذا لان محل

التصرف) بيان لقوله عقد

لم يصادف محله لان محل

التصرف (ما يكون محلا

لحكمه) وهذا المحل ليس

محلا لحكمه (لان حكمه

الحل وهي من المحرمات

ولا ي خفية أن العقد

صادف محله لان محل

التصرف ما يكون قابلا

للقصود) وهو التولدهنا

(وبنات آدم قابله لذلك)

قوله وهذا المحل ليس محلا

لحكمه قلنا ليس محلا

لحكمه أصلا أو في وقت

دون وقت والاول ممنوع

لانه كان محلا في شريعة

من قبلنا والثاني مسلم

ولكن كونه محلا في الجملة لم

لا يجوز أن يكون شبهة في

درء الخلافان الفعل لم يقع زنا

لا لغة ولا عرفا فان أهل

اللغة لا يفتنون بين

الزنا وغيره الا بالعقد

والقرض وجوده وأولاد

أهل الزمة من محارمهم

لا تنسب الى الزنا في العرف

وهم يقررون على نكاح

المحارم ولا يقررون على الزنا

بل يحدون عليه (و) اذا

ثبت أن العقد صاف محله

(كان ينبغي أن ينعقد في

حق جميع الاحكام الا أنه

تقاعدا عن افادة حقيقة

الحل) بقهرم الشرع في

ديننا (فيورث الشبهة

لان الشبهة مما يشبه الثابت

وليس بثابت الا أنه ارتكب

جرمة وليس فيها حدم مقدر

(فيغزر)

وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولا ي خفية تزوجه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصود والاثنى من بنات آدم قابله للتولد وهو المقصود وكان ينبغي أن ينعقد في جميع الاحكام الا أنه تقاعدا عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة مما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا أنه ارتكب جرمة وليس فيها حدم مقدر فيغزر

عندهما لان الشبهة انما تنفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريره وهي حرام على التأييد وفي بعض الشروح أراد به نكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحه الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة في عدتها والجوسية والامة على الحره ونكاح العبد والامة بلاذن المولى والنكاح بغير شهود في كل هذا لا يجب الحد عند أبي حنيفة وان قال علمت أنهم على حرام وعندهم يجب اذا علم بالحرم والافلا ثم قال ولكنهما قالا فيم ليس بحرام على التأييد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضت بحيث جعل في الكافي الامة على الحره والجوسية والامة بلاذن السيد وتزوج العبد بلاذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف فعندهما يحدوا وأضاف الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحريم ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج الجوسية وما معها لان الشبهة انما تنفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريره وهي حرام على التأييد يقتضي حينئذ أن لا يحد عندهما في تزوج منكوحه الغير وما معها لانها ليست بحرمة على التأييد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدمها كما أن حرمة الجوسية مغاية بتعيسها حتى لو أسلمت حلت كما أن تلك لو طلعت وانقضت عدتها حلت وأنه لا يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذي يعتمد على نقلهم ونحوهم مثل ابن المنذر كذلك ذكره واخبرني ابن المنذر عنهما أنه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غيره ذلك قال مثل أن يتزوج بجوسية أو خامسة أو معتدة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحدوا بوجع عقوبة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان علم بذلك فعليه الحد في ذات المحارم الى هنا لفظه فعمم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة ثم خص نكاحها بذاوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات وفي مسئلة المحارم رواية عن جابر رضي الله عنه أنه يضرب عنقه ونقل عن أحمدوا سحق وأهل الظاهر وقصر ابن حزم قتله على ما اذا كانت امرأة أبيه قصر اللحد لا في غيره وموردته في رواية أخرى عن أحمد تضرب عنقه ويؤخذ ماله لبيت المال وذلك الحديث البراءة قال لقيت خالي ومعه رواية فقلت له أين تريد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة أبيه أن يضرب عنقه وأخذ له وهذا الحديث رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرمة منهن فاقنسلوه وأجيب بان معناه أنه عقده مستحلا فارتد بذلك وهذا لان الحد ليس ضرب العنق وأخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية الى رجل عرس بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على أنه استحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك أنه ذكر في الحديث أنه عرس بها وتعريسه بها لا يستلزم وطأها إياها وغير الوطء لا يحده فضلا عن القتل فثبت كان القتل كان للردة وهذا لا يتناول عن تغاير فان الحكم كما كان عدم الحد والقتل بغير الوطء كان قتله جازا كونه لو طئه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة وبجوابه أيضا لا يتعين كونه للوطء فلا دليل فيه على أحدهما بعينه وذلك يكفيهما وقالوا اجاز فيه أحد الامرين أنه للاستحلال أو أمر بذلك سياسا فتعززا وجه القائل بالحد أنه وطئه في فرج مجمع على تحريره من غير ملك ولا شبهة ملك والواطي أهل للحد عالم بالتحريم فيجب الحد كقولهم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جنبا هي هنا فوجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن

فانفت أنها تحل لي لا يحد عندهما أيضا

(ومن وطني أجنبية فيمادون الفرج يعزرو) لانه منكرا ليس فيه شيء مقدر

شبهه كالأكرهها وعاقبتها ثم زنى بموعدا والخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة أم لا فعندهم لا كذا كرو عند  
أبي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على أنه ورد على ما هو محله أولا فعندهم لا لان محل العقد  
ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لانه  
لا انعقاد في غير المحل كالأكره على ذكره عنده نعم لان المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد  
وهو ثابت ولذا صرح من غيره عليها وبما لم يسر بظهور أنهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا  
محليتها أرادوا بالنسبة الى خصوص هذا العقد أي ليست محلا لعقد هذا العقد ولذا علوه بعدم حلها ولا شك  
في حلها الغير به بعد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو حيث أثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد  
لا بالنظر الى خصوص عاقده ولذا عطل بقبولها مقاصده فان قلت فقد أطلق السك من الأجنبية في الفقه والاصول  
عدم محلية المحارم لنكاح المحرم في الاصول حيث قالوا ان النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن  
النهي لعدم محله وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح أنثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب أن المراد  
نفي المحلية لعقد النكاح الخاص وأنت علمت أن أبا حنيفة إنما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر الى خصوص  
نكاح ولا شك في ذلك بقي النظر في أن أي الاعتبارين في ثبوت المحلية أولى كونه قابلا للمقاصد أو كونه حلالا ان  
نظرنا الى المعنى وهو أن الأصل أن يتبع الحل قيام الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجح قوله أو الى السمع أعني  
محل الاجماع وهو قول السك ان الملية ليست محلا للبيع مع أنهم انما افهم اعدم الحل ترجحوا وقد رجح قول أبي  
حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نسكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها  
باطل فان دخل بها فلها المهر بما استعمل من فرجها حكم بالطلاق وأوجب المهر وهو مسقط للعقد بالاتفاق  
وكونه لا يعتد به على ظاهره لا يضر لانه مؤثر بل ينأى بدين أحد هما أنه آيل الى البطلان باعتراض الولي بان  
كان غير كفء والاخر تخصيصه بما اذا لم يكن للمرأة ولا يتعلق بنفسها كلاما والصبية وعلى هذا فهو  
باطل على ظاهره وهو أقرب لتأويلين لندرة فسحولي بسبب عدم كفاة من زوجت المرأة نفسها منه وقد  
حكم نفسه بالمهران دخل لكن في الخلاصة قال القنوي على قوله ما وعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضي  
تحقق الحل من وجهه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجهه والاوجب العدة وثبت  
النسب ودفع بان من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما يثبتى عليه وجود الحل  
من وجهه وهو منتفى بالمحارم وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجهه فان الشبهة ما يشبهه الثابت وليس بثابت  
فلا ثبوت لماله شبهة الثبوت بوجهه من الوجوه ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته باشدها ما يكون وانما لم يثبت  
عقوبته هي الحد فعرف أنه زنا محض عنده إلا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومن شبهة العقد ما اذا استأجرها ليرزى  
بها ففعل لاحد عليه ويعزرو قالاهما والشافعي ومالك وأحمد يحدون عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما  
لو استأجرها للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفقا قوله أن المستوفى بالزنا المنفعة هي المعقود  
عليه في الاجارة لسكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة تكون محلا لعقد الاجارة فاورت شبهة بخلاف الاستبحار  
للطبخ ونحوه لان العقد لم يضاف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى محل ثبوت الشبهة فيه لاني محل آخر وفي  
السكافي لو قال أمهرتك كذا لاني بك لم يجب الحد وهكذا لو قال استأجرتك أو خذني هذه الدراهم لا طلاق  
والحق في هذا كله وجوب الحد اذا المذكور معنى بعارضة كذب الله قال الله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فالحق  
الذي يقيد أن فعل الزنا مع قوله أزني بك لا يجلد معه للفتنة المهر معارض له (قوله ومن وطني أجنبية فيمادون  
الفرج) بان أو ليج في مغابن بطلانها ونحوه وليس المراد ما يم البر وهي المسئلة الاتية (يعزرو لانه منكرا)  
محرم (ليس فيه تقدير) فغيبه التعزير ومثله ما اذا أنت امرأة أو امرأة أخرى فأنه يعزرو لذلك (قوله)

قوله (ومن وطني أجنبية  
فيمادون الفرج) أي في  
غير السيلين كالتهنيد  
والتبطين (عزرو لانه فعل  
منكر ليس فيه شيء مقدر)

(قوله ومن وطني أجنبية فيمادون الفرج) كالتهنيد والتبطين

ليس جزار ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضرار للولد واشتباه الانساب بخلاف الزنا (وكذا هو أندرو وقوعا) من الزنا لانعدام الداعي في أحد الجانبيين) يعني على ما هو اجميلة السلمية (والداعي الى الزنا من الجانبين) واذا لم يكن في معناه لا يلحق به دلالة فبقى القياس والقياس في مثله باطل

## الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين

مسئرا على أنه حد ولوسلم حل على قتله سياسة وله ما أنه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال ليجرد قصد شفع الماء بل أبلغ حرمة وتضييع الماء لان الحرمة قد تنكشف في الزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه بخلاف اللواط فيهما فيثبت حكم الزنا به بدلالة نص حد الزنا بالقياس ولا يخيصة أنه ليس بزنا ولا مغناه فلا يثبت فيه حد وذلك لان الصحابة اختلفوا في موجهه فمنهم من أوجب فيه الخريق بالماروم منهم من قال يهدم عليه الجداو ومنهم من يلقيه من مكان مرتفع مع اتباع الاجار فلو كان زنا في اللسان أو في معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلفوا في موجهه وهم أهل اللسان أدل دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه وأما الاستدلال بقول القائل

من كف ذات حرقى زى ذى كرى \* لهسان لوطى وزنا

فلعدم معرفته من ينسب اليه البيت وقول من قال حيث قال قائلهم وذكر البيت غلط وذلك أنه ليس بعربي بل هو من شعر أبي نواس من قصيدته التي أولها

دع عنك لوى فان اللوم اغراء \* وداوى بالنى كانت هي الداء

وهي قصيدة معروفة في ديوانه وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع أنه ينبغي تطهير كتب الشريعة عن أمثاله وأيضا لا يثبت دلاله لان المعنى المحرم في الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعته لجوار اضاعته بالعزل بل افضاؤه الى اضاعة الولد الذي هو اهلاك معنى فان ولد الزنا ليس له أب يربيه والام يفردها عاخرة عنه فيشب على أسوأ الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء وان لم يثبت نسبه شرعا يختص به وينفقه ويشتبه على من هو له فيقع القتال والفتنة وليس شيء من ذلك في اللواط (وكذا هو أندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي من الجانبين) على الاستمرار بخلاف الزنا التحققه من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لندرة وقوع الزنا بصيغة لا تشتهى أصلا قليلا يكون ذلك ولا عبرة باوكدية الحرمة في ثبوت عين موجب الاخر ولا لا يحسد بشرب البول المجمع على نجاسته ويحسد بشرب الخمر فيلزم من هذا أن لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان في المساوى من كل وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجر قوي وقد لا ايعاد عقاب الاخرة ❦ وأما تخريج ما عن الصحابة فروى البيهقي في شعب الايمان من طريق ابن أبي الدنيا حد ثنا عبد الله بن عمر حد ثنا عبد العزيز بن أبي حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر أن خالد بن الوليد كتب الى أبي بكر انه وجد رجلا في بعض فواحي العرب ينكح المرأة فجمع أبو بكر الصحابة فسألهم فكان من أشدهم في ذلك قولا على رضى الله عنه قال هذا ذنب لم يعص به الأمة واحدة صنع الله بها ما علمت ترى أن تحرقه بالنار فاجتمع رأي الصحابة على ذلك قال ورواه الواقدي في كتاب الردة في آخره بنى سليم وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حد ثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن أبي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواط قال ينظر الى أعلى بناء في القرية فيرمي منه منكساة ثم يتبع بالحجارة ورواه البيهقي أيضا من طريق ابن أبي الدنيا وكأنا ماخذ هذا أن قوم لوط أهل كوا بذلك حيث حلت قراهم ونكست بهم ولا شك في اتباع الهديم بهم وهم نازلون وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يجلسان في أثنى المواضع حتى يوتئنا وأما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى أأتون الفاحشة ما سبقكم بها من آلين فماذا فعلهم بان الفاحشة لا تخص لغة الزنا قال تعالى ولا تقر بها الفواحش

لانه يتوهم أن يكون ذلك من الولد بعدد به ولا يتوهم ههنا فكان تضييع الماء هنا بين والمحل انما يصير مشتهى طبعيا بالحرارة واللين وأنه مثل القبل في هذا وتعمد الحرمة هنا بين لان تلك الحرمة تنكشف بكاشف كالنكاح والشراء ولا كذلك هنا ولا أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم في موجهه فعن الصديق رضى الله عنه يحرر فان النار وعن علي رضى الله عنه يجلدان ان كانا غير محصنين ورجلان ان كانا محصنين وعن ابن عباس رضى الله عنه ينكسان من أعلى المواضع ويتبعان بالحجارة وعن ابن الزبير رضى الله

(ومارواه) من قتلها أو رجهما (محمول على السياسة أو على المستعمل للكفر بذلك) (الأنه يعز وعنده) أي عند أبي حنيفة (لما بينا) أنه ارتكب جريمة وادس فيه حد مقدرا لقي الزنا ياداد والرأى فيه الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء ضرب به وجسه فقولاه الا أنه استثناء من قوله ولا هو في معنى الزنا

ومارواه محمول على السياسة أو على المستعمل الآله أنه يعزروا عنده لما بيناه (ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جنائية وفي وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه فيه السفة أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الآله يعزروا لما بيناه والذي يروى أنه تذبج البهيمية وتحرق فذلك لقطع التحدث به

ما ظهر منها وما بطن وقول المصنف (الآله يعزروا لما بيناه) أي من أنه منكر ليس فيه شيء مقدر (قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) وكذا إذا زنى بهيمة لأنه لا يجوز وإنما يحتاج إلى الزجر فيما يطربق وجوده منقطع سالك وهذا ليس كذلك لأنه لا يرغب فيه العلاء ولا السفهاء وان اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق فلا يفتقر إلى الزجر لأن الطبع منه (ولهذا لا يجب ستره في البهيمية الآله يعزروا لما بيناه) أنه منكر ليس فيه تقدير شرعي ففيه التعزير (والذي يروى أنه تذبج البهيمية وتحرق فذلك لقطع) امتداد (التحدث به) كلاماً روي فينا ذى الفاعل به وليس بواجب وإذا ذبحت وهي مما لا تؤكل ضمن قيمته ان كان مالكمها غيره لا نهذبحت لأجله وان كانت مما تؤكل أكلت ضمن عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا تؤكل والمراد بالمرورى ما روي أصحاب السنن الأربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا فقلت له ما شأن البهيمية قال ما أراه قال ذلك الآله أنه كره أن يؤكل لحمها أو ينتفع بها أو يفسد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس هذا هو المتمسك لابي يوسف في عدم أكلها الآن المعنى الذي عنده أصحاب من قطع التعبير أقرب إلى النفس رواه ابن ماجه عن ابراهيم بن اسمعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقر عن عمرو بن أبي عمرو وتقدم الكلام على عمرو وهذا ما ابراهيم بن اسمعيل بن أبي حنيفة فقال أحد ثقة وقال البخاري منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف أبو داود وهذا الحديث بطرئ آخر وهو أنه روي عن عاصم بن أبي النجود عن أبي رزين عن ابن عباس موقوفاً عليه ليس على الذي يأتي البهيمية حد وهو الذي روي عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلهما وتاويله المذكور أنفاً ومحال أن يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القتل ثم

عنه بحسان في أن تن الموضع حتى يموتان تناوعن بعضهم يهدم طليهما الجدار ولا يظن بهم الاجتهاد في موضع النص فكان هذا اتفاقاً على أنه ليست برئاً ولا يمكن إيجاب حد الزنا بغير الزنا ولا يمكن إلحاقها بالزنا بالدلالة لأنها قصرت منه في المعاني الداعية إلى شرع الحد فلا يوجب الحد وهذا لأن الحدود شرعت للزجر فلا بد من وجود الداعي طبعاً ليسعته على الفعل فيشرع الحد جزاً لا ترى أن الحد شرع في شرب الخمر دون البول وان استويا حرمة لتبائهم مادام أهما فالرغبة في الزنا من الجانبين فيكثر وقوعه فيستدعي شرع الزجر والرغبة ههنا من جانب الفاعل فاما صاحبه ينوب عن هذا الفعل على ما عليه الجلبة السليمة فيستدعي وقوعها فلا يستدعي شرع الزجر وفي الزنا افساداً اغراضاً واهلاكاً الولدان ولد الزنا هالك حكماً لعدم من يربيه دونها فقاصرت عنه في المعاني الداعية إلى شرع الزجر فلا يلحق به خصوصاً فيما يندبراً بالشبهات ولا يجوز جبر هذا القصور بزادة الحرمة لأن ذلك يكون قياساً لا مدخل له في الحدود فان قيل إنما وجب حد الزنا بالانها زناً في الحديث إذا أتى الرجل فها زناً وبأن ولأنه فاحشة وهي فاحشة أيضاً لقوله تعالى ولا تقر بوا الزنا أنه كان فاحشة وقوله تعالى أناتون الفاحشة فكانت زناً قلنا هي ليست برئاً حقيقة لأنه ينفي عنه هذا الاسم فيقال لا ط وما زنى واتفتت الصحابة رضى الله عنهم أنها ليست برئاً لأنهم عرفوا نص الزنا واختلوا في موجبها (قوله وما رواه) أي الشافعي رحمه الله محمول على السياسة لأنه أمر بالقتل المعلق وإذا يكون سياسة أو على المستعمل فإنه يصير مرتدافاً يقتل لذلك (قوله الآله يعزروا) لما بيناه وأبو حنيفة توجهه أنه يوجب التعزير بهيمة لأنه ارتكب محظوراً وأنه ليس برئاً عنده فيجب التعزير بهيمة ولا إمام أن يقتله إذا اعتاد أفعالاً أو المنعول به ذلك (قوله ولهذا لا يجب ستره) أي ستر فرج البهيمية وذكر البهيمية بمنزلة ذكره ولهذا أضر ولو كان في الطبع دواع إلى لو يجب ستر ذلك الموضع كالقبول والدر (قوله الآله يعزروا لما بيناه) إشارة إلى قوله ارتكب جرمه ليس فيها حد مقدر فيعزروا (قوله والذي يروى أنه تذبج البهيمية) روي عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه أتى برجل أتى بهيمة فامر

(ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جنائية أو ليس فيه تضييع الولد ولا افساد اغراض (و) لا (في وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه) وإنما يحمله على ذلك نهاية السفة أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره أي ستر فرج البهيمية وإنما أضر عليه وان لم يسبق ذكره لأن ذكر البهيمية يستلزمه فكان مرجعه حكماً (الآله يعزروا لما بيناه) أنه ارتكب جرمه وليس فيها حد مقدر وما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أتى بهيمة فاقتلوه شاذلاً يعمل به ولو ثبت فتاويله مستعمل ذلك الفعل (والذي يروى أنه تذبج البهيمية) وهو ما روي عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه أتى برجل أتى بهيمة فامر بالبهمية فذبحت وأحرق بالنار (فذلك لقطع التحدث به) كي لا يعبر بها الرجل إذا كانت البهيمية باقية (لأنه واجب)



قال (ومن زنى في دار الحرب أوفى دار البسنى ثم خرج البسنى) وأقر عند الامام بالزنا لا يقيم عليه الحد وقال الشافعي رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه أحكامه أي بما كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود في دار الحرب (ووجه التمسك به انه صلى الله عليه وسلم لم يرد به حقيقة عدم الاقامة محسالات كل واحد يعرف انه لا يمكن (١٦) اقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عن افكان المراد بعدم الاقامة عدم

وليس بواجب (ومن زنى في دار الحرب أوفى دار البسنى ثم خرج البسنى) لا يقيم عليه الحد (وعند الشافعي رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه أحكامه أي بما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعري الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم

يخالفوه وكذا أخرجه الترمذي والنسائي وقال الترمذي وهذا أصح من الاول ولغظه من أتى بهيمة فلا شئ عليه وأخرج الحاكم حديث عمرو بن أبي عمرو بن زيادة وقال صحيح الاسناد (قوله ومن زنى في دار الحرب أوفى دار البسنى ثم خرج البسنى) فافرق عند القاضي به (لا يقيم عليه الحد وعند الشافعي) ومالك (يحد لانه التزم باسلامه أحكام الاسلام أي بما كان مقامه) قلنا سلما أنه ملتزم للأحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزماً بالتزامه أحكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضي ففرض باقامته عليه وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع فالوجه أن يقال وجب على الامام الاقامة على الزاني مطلقاً أي بما كان زناه وحينئذ نقول امتنع بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه في دار الحرب فلا وجوب والا عرى عن الفائدة لان المقصود منه الاستيفاء ليحصل الزجر والغرض ان لا قدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينقطع سبب الإيجاب حال وجوده لم يتقلب موجباً حال عدمه لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد بن كليب السير الكبري عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها أحداً ثم هرب فخرج البسنى فانه لا يقيم عليه الحد والله أعلم به وعن الشافعي قال قال أبو يوسف حدثنا بعض أشيائنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود في دار الحرب بخافة أن يلحق أهلها بالعدو قال وحديثنا بعض أصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمار عن عمر بن الخطاب كتب الى عمار بن سعد الانصاري والى عاصه أن لا تقبوا الحدود على أحد من المسلمين في أرض الحرب حتى يخرجوا الى أرض المصالح قال الشافعي ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وأنت تعلم أن هذا نوع انقطاع ومعتقد أبي يوسف انه داخل في الارسل وان حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد الا لعلم بثبوت فلا يضر على رأي مثبتى المرسل شئ من ذلك بعد كون المرسل من أئمة الشان والعدالة وهذا لا يخبر واما ابن أبي شيمة في مصنفه حدثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن أبي مرزوق عن حكيم بن عمار به وزاد لئلا تحمله حجة الشيطان أن يلحق بالكفار انتهى أثر آخره رواه ابن أبي شيمة أيضاً حدثنا ابن المبارك عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مرزوق عن حميد بن عتبة بن رومان أن أبا الدرداء نسي أن يقيم على أحد حدث في أرض العدو وأخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بشر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدي في السفر انتهت لغظ الترمذي في الغزو وقال

بالهيمه فذبحت وأحرقت بالنار وهذا ليس بواجب عندنا واوليه أنه فعل كذلك كى لا يعبر الرجل به اذا كانت الهيمه باقية كذا في الميسوط ثم ان كانت الهيمه بمالا يؤكل تذبح ثم تحرق لماروى عن علي رضي الله عنه ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الهيمه ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله وان كانت مما يؤكل تذبح فتؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله ولا تحرق بالنار وعند أبي يوسف رحمه الله تحرق بضمن ان كانت لغيره (قوله ثم خرج البسنى) وأقر عند الامام (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب) أي

وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض بقوله فاجلدوا فلا يقبلن أوجب بان مواضع الشهية نخصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بتجبر الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا أوجب الشارحون وقية نظر يعرف باستحضار قواصد الأصول وهو أن التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس في الآية وجود ويجوز أن يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله تعالى كل واحد من هاتين الضمير راجع الى الزاني والزانية والزنا وطه الرجل المرأة في القبل في غير المثلث وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلاً واذا نخص مقارناً جاز التخصيص بعده بتجبر الواحد والقياس وقوله (ولان المقصود هو الانزجار) يعني ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متغذر لانقطاع ولاية الامام فلا وجوب الحد لعري عن الفائدة وذلك لا يجوز واذا لم ينقطع موجباً لا يقيم بعد ما خرج للتأنيق الحكم بغير سبب وأنت الضمير في قوله لانها لم تعذب بتاويل الفاحشة قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة أو بتاويل الوطاة

تعتقد

(قوله أوجب بان مواضع الشهية نخصت من ذلك الى قوله وفيه نظر) أقول قوله نخصت يعني بالاجماع كذا كره السكاكي فيندفع نظره بذلك (قوله فخرج منه من لم يكن رجلاً الخ) أقول فيه بحث فان الزاني لم يتناول ولا خروج الا بعد التحول فابن التخصيص



تعتقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصر يقيم الحد على من رزى في معسكره لأنه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية لأنه لم تقوض اليهما الإقامة

الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند بعض أهل العلم منهم الأوزاعي وروى أن لا يقيم الحد في الغزو بحضرة العدو مخافة أن يلحق من يقيم عليه الحد بالعدو فإذا رجع الإمام إلى دار الإسلام أقام عليه الحد \* وأعلم أن مع الأوزاعي أحدوا وصح فذهبهم تأخير الحد إلى القول وبشر بن أرطاة ويقال ابن أبي أرطاة اختلف في صحته قال البيهقي في المعرفة أهل المدينة ينكرون سماع بن بشر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بشر بن أرطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال أهل الحررة اهـ فلا والله سمع منه عليه الصلاة والسلام لا تقبل رواية من رضى ما وقع عام الحررة وكان من أعوانها والحق أن هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معالة بمخافة لحاق من أقيم عليه بأهل الحرب وأنه يقام إذا خرج وكونه يقيم إذا خرج إلى دار الإسلام بخلاف المذهب فإن قيل ليس معنى قوله في الآثار المتقدم حتى يخرجوا إلى أرض المصلحة أنه حينئذ يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل أنه إذا صار إلى أرض المصلحة يقيم عليه حد الزنا إذا رزى قلنا أظهر الاحتمالين الأول ولو سلم احتمالهما على السواء فلا يترجح الثاني وعلى اعتبار الاحتمال الأول هو خلاف المذهب مع أنه معارضة بما أخرجه أبو داود في المراسيل عن مكحول عن عباد بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أقيموا حدوا لله في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم والمرسل بحجة موجبة قال وروىناه باسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الأصل وأيضاً معارض إطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فإن أوجب بأنه عام خص منه موضع الشبهة فهو مدفوع بان الزنا نفسه ما خوذ فيه عدمه فإنه الوطء في غير ملك وشبهة قترتبه سبحانه إيجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الأخبار مخصصة وأما الدليل العقلي المذكور فعليه أن يقال لا نسلم أن عجز الإمام عن الإقامة حال دخول الزاني في الوجود يوجب أن لا فائدة في الإيجاب إنما ذلك لو عزم على الجواز أن يثبت الوجوب في الحال معاقبة بالقدرة ولكنه يجب بأنه لا معنى لهذا الكلام وتصححه أن يقال جاز أن يثبت في الحال تعليق الإيجاب بالقدرة أي إذا قدرت فاقم عليه فالوجوب معدم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المسأل لأن المعلق بالشرط كذلك حينئذ جوابه أن هذا المعنى ممكن لكن أين دليله فإن الآيات إنما تنفد تغيير الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم أن القدرة شرط التكليف فنعلم انتفاء مقتضاها في الزاني في دار الحرب فإن دليس تعليق الإيجاب حال زنا الزاني في دار الحرب باقتدار الإمام عليه فإذا لم يثبت تعليقه كالم يثبت تغييره فإن أوجب بأن تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المتقدمة أنه إذا رجع إلى دار الإسلام أقامه يدفع بأنه معارض بحديث مراسيل أبي داود وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وأيضاً قد يقال عليه لا نسلم أن حال الزنا يجب على الإمام الإقامة بل إنما يجب إذا ثبت عند تقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب أصلا وفرض المسئلة أنه رزى في دار الحرب ثم أقر عند القاضي بعد الحرج أو شهد به عليه في غير تقدم وعند ذلك هو قادر ويتعلق به إيجاب الإقامة والمذهب خلافه والله أعلم قال (ولو غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصر يقيم الحد على من رزى في معسكره لأنه تحت يده بالقدرة ثابتة عليه) بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد إلى المعسكر لا يقيم به يفيد أنه لو رزى في العسكر والعسكر في دار الحرب في أيام المحاربة قبل الغنم له أن يقيم به للولاية حينئذ أما أمير العسكر والسرية فلا يقيم به لأنه لم تقوض اليهما الإقامة

وقوله (ولو غزا) ظاهر  
وقوله (في معسكره) إشارة إلى  
أنه لو خرج من معسكره ودخل  
دار الحرب ورزى فيها ثم خرج  
لا يقيم عليه الحد (والسرية)

لا يجب لأنه بحث لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق ولأن كل واحد يعرف أنه لا يمكن إقامة الحد في دار الحرب لانقطاع ولاية الإمام عنها فكان المراد من عدم الإقامة عدم وجوب الحد فإن قيل هذا الحديث معارض بقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبلننا نحن موضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد (قوله

قيل هم الذين يسرون بالبلل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا ربحاثة وقوله (وإذا دخل حرب دارنا بامان) حاصل اختلاف أصحابنا في هذه المسئلة شمول الوجوب في الذي والذمية وشمول العدم في الحربى والحريية عند أبي حنيفة وهذا الشمول لا يتغير بغيره أحد الطريقين للآخر بكونه حرييا أو ذميا أو ذكرا أو أنثى وعند محمد عدم التغير بربان في جانب الحربى والحريية أو ما في جانب الذي في تفاوت بين الذكر والانثى فيما إذا اختلف حالهما حيث يحسد الذي (٤٨) ولا تحسد الحريية وفي العكس لا يحسدان وهو قول أبي يوسف وأولاه وقال آخرون شمول

(وإذا دخل حرب دارنا بامان فزنى بذمية أو زنى ذمى بحر بية يحسد الذي والذمية عند أبي حنيفة ولا يحسد الحربى والحريية وهو قول محمد رحمه الله في الذي) يعني إذا زنى بحر بية فاما إذا زنى الحربى بذمية لا يحسدان عند محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف رحمه الله يحسدون كلهم) وهو قوله الآخر لا يي يوسف رحمه الله أن المستامن التزم أحكاما مدممة مقامه في دارنا في المعاملات كإن الذي التزمها مدممة عمره ولهذا يحسد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد باحتسه ولهما انه مداخل للقرار بل الحاجة كالنجارة ونحوها فلم يصرم من أهل دارنا ولا هذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذي به وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الاتصاف

(قوله وإذا دخل حرب دارنا بامان) وهو المستامن (فزنى بذمية الخ) حاصل المسئلة إذا زنى الحربى المستامن بالمسئلة أو الذمية فعليهما الحدودون الحربى في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف وأولاه حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول فصار فيها ثلاثة أقوال قول أبي حنيفة تحسد الزنى بها المسئلة والذمية وقول محمد لا يحسد واحد منهما سم وقول أبي يوسف يحسد كلهم وتقيد المسئلة بالمسئلة والذمية لانه لو زنى بحر بية مدممة لا يحسد واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يحسدان ذكره في المختلف وان زنى المسلم والذي بالحريية المستامنة حد الرجل في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحسدان جميعا والاصل أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربى حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند أبي يوسف يجب السكل الا حد الشرب حد الشرب لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لأن فيه حق العبد واختلفوا في حد الزنا والسرقة عند أبي يوسف يجب وعندهما لا يجب وجه قول أبي يوسف أن المستامن التزم أحكاما مدممة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات كإن الذي التزمها مدممة عمره ولهذا يحسد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه يعتقد باحتسه ووجه قوله أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل للقرار بل الحاجة يقضيهما ويرجع وعلينا أن نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستئمان ملتزما جميع احكامنا في المعاملات بل ما يرجع منها الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد غير أنه لا بد من اعتباره ملتزما الانصاف وكف الاذى اذ قد التزمه بامانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلهزمه أيا حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المقلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند اعطائه أمانه بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعه ما فانه من حقوق العباد لان في احتضامه قهرا أو ذلا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم ومحمد وهو الفرق بين المسلم والذي إذا زنى بمستمائة حيث يجب الحد عنه وعلى الفاعل وبين المسئلة أو الذمية إذا زنت بمستمائة حيث لا يجب الحد عنه وعليه ما أن الأصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونهما محلا على وإذا دخل حرب دارنا بامان فزنى بذمية أو زنى ذمى بحر بية الخ) الخلاف هنا في موضعين أحدهما أن الحربى

الوجوب في الأنواع كلها (له أن المستامن التزم أحكاما مدممة مقامه في دارنا كإن الذي التزمها مدممة عمره ومن التزم أحكاما تنفذ عليه كالمسلم والذي) ولهذا يحسد حد القذف ويقتل قصاصا (فان قيل لو كان كذلك لاقبم عليه حد الشرب لانه من أحكامنا أجاب بقوله) بخلاف حد الشرب لانه يعتقد باحتسه (فان قلت فهو يعتقد باحتسه قتل المسلم وقذفه فينبغي أن لا يقتض منه ولا يحسد لعذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحية هو أن يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم ذلك ايست بدين وانما هو هوى وتعصب (ولابي حنيفة ومحمدان التزام الاحكام انما هو بالستزام القرار في الدار لان الاتصاف بكونه من دارنا انما يكون بذلك والحربى ما التزم لذلك لانه دخل الحاجة كالنجارة ونحوها فلم يصرم من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذي به) واذا لم يصرم دارنا وكان

دخوله الحاجة (كان ملتزما من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لانه لما لم يدخل الاطامعافى وانصاف أى العدل لاجله على غيره (يلتزم الاتصاف) أى العدل لغيره عليه لان الغرم بآراء الغنم

(قوله لانه يعتقد باحتسه) أقول ونحن مامورون بتركهم وما يدينون (قوله قلت المعنى باعتقاد الاباحية الخ) أقول الاولى ان يجب بان السكف عنهم داخل فيما التزمه لاننا أعطينا الأمان على ذلك ولا كذلك الشرب اذ لم يلتزمه كالذى (قوله وقتل النفس والقذف حرام في دينهم) أقول ان أراد مطالعة اقليس كذلك أو مقيدا فلا يقيد (قوله لانه لم يدخل الاطامعافى الخ) أقول دليل على التزامه حق العباد

والعصا وحده القذف من حقوق العباد) فكان داخل في الانتصاف (وأما حد الزنا فمحض حق الشرع) فلا يكون ذاتا لدية فلما فرغنا من الجواب عن قول أبي يوسف شرع كل منهما في اثبات ما ذهب إليه فقال (الاصل (٤٩) في باب الزنا فاعل الرجل والمرأة تابعة له

على ما يأتي فامتناع الحد في حق الأصل) فبما إذا زنى الحربي بدمية (يوجب امتناعه في حق التبعية) والا لا يكون تبعا فكذا كان خلفا (وأما الامتناع في حق التبعية) فبما إذا زنى الذي يحرره بدمية (فلا يوجب امتناعه في حق الأصل) والا لمكان مستبعا فكان أصلا والغرض أنه تبعية وذلك خلف باطل (نظير ذلك إذا زنى البالغ بدمية أو مجنونة) فإنه بعد البالغ دون حالان الامتناع في حق التبعية لا يستلزمه في حق الأصل (وتمكن البالغ من الصبي والمجنون) فإنه لا يجب الحد عليهما حالان الامتناع في حق الأصل يستلزمه في حق التبعية (ولا يوجب حنيفة أن فعل الحربي المستامن زنا حقيقة لأنه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع

والعصا وحده القذف من حقوقهم أما حد الزنا فمحض حق الشرع ولحمد وجهه الله وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فاعل الرجل والمرأة تابعة له على ما ندكره أن شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبعية أما الامتناع في حق التبعية لا يوجب الامتناع في حق الأصل نظيره إذا زنى البالغ بدمية أو مجنونة وتمكن البالغ من الصبي والمجنون ولا يوجب حنيفة زنا لكونه مخاطبا بالحرمان كحرمة الكفر والزنا في حق أحكام الدين على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين إلا أنه امتنع حده لأن إقامته بالولاية والولاية مندقة عنه بإعطاء الأمان الأخيب التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب المستامن أو الحر بدمية المستامنة إذا زنى لم يجد عند أبي حنيفة ومحمد وجهه الله وعند أبي يوسف رحمه الله حدا والثاني أن تمكن المسلمة أو الذمية من المستامن يوجب الحد عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يوجب أما الكلام في الأول فالاصل عند أبي يوسف رحمه الله أن كل الحدود تقام على المستامن والمستامنة في دارنا الأحد الشرب وعندهما لا تقام على المستامن شيء من الحدود إلا الحد القذف لأن الإقامة تبني على الولاية والولاية تبني على الالتزام إذ لو أئتمنا عليه حكم بلا التزامه لا أدى إلى تنفذه من دارنا وقد نبذنا الصفة لماله تحمله إلى ذلك على الدخول في دارنا ليرى بحاسن الإسلام فيسلم وأما في الثاني فالاصل أن الحد متى لم يجب على المرأة أصلا أو تعذر استيفاؤه لم يترتب في حق الرجل إجماعا قاطعا لا ينعقد فعل الرجل موجب الحد عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله منع لأن فعل الرجل أصل وفعل المرأة تبعية لأنه الفاعل وهي محل الفعل والمحال في حكم الشرع فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبعية لأن الحد امتناع يجب عليها بالتمكن من فعل موجب الحد متى لم ينفذ فله موجب الحد فامتناع من فعل موجب الحد فلا يحد وأما الامتناع في حق التبعية لا يوجب امتناعه في حق الأصل نظيره زنى عاقل بالغ بدمية أو مجنونة فإنه يحد بالبالغ لكونه أصلا وزنى صبي أو مجنون ببالغ عاقله فانه لا يحد لكونها تابعة ولا يوجب حنيفة زنا لكونه المستامن زنا بدليل أنه لو قذفه قاذف بعد الإسلام لا يلزمه الحد وصارت هي زانية بالتمكن من الزنا بخلاف الصبي والمجنون فإن فعلهما ليس برشا شرعا حتى لو قذفهما قاذف بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد وهذا لأنه مخاطب بالحرمان وإن لم يخاطب بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات ألا ترى أن الذي يلزمه الحد لا يجب قبل الخطاب فثبت أن الكفر لا يمنع من الخطاب بالحرمان وإنما لم يعم عليه الحد لفساد شرط الولاية وهو الالتزام لا لخلل في فعله فصار كونه زنى ثم غاب والمرأة تابعة في نفس الفعل دون حكم الفعل ألا ترى أن الرجل إذا لم يكن محصنا والمرأة محصنة بجسد الرجل وترجم المرأة ولا يصير ذلك شبهة في حقها بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لا يخاطبان فلم يكن فعلا زنا (قوله لأنه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح) وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع واسم الحرمان يتناول المنهاى نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ويتناول ترك الأوامر من نحو ترك الإيمان والصلاة والصوم فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من

مما ندكره فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في التبعية بخلاف امتناعه في التبعية لا يوجب امتناعه في حق الأصل أي دليله إذا زنى البالغ العاقل بدمية أو مجنونة يحد ودونهم أوفى تمكن البالغ الصبي أو المجنون لا يحد وتكفيها أن يوجب الحد عليها إذا مكنت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجب له فلا يكون تمكنها موجب الحد عليها ولا يوجب حنيفة أن فعل المستامن زنا لكونه مخاطبا بالحرمان كحرمة الكفر والزنا في حق أحكام الدين على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين إلا أنه امتنع حده لأن إقامته بالولاية والولاية مندقة عنه بإعطاء الأمان الأخيب التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب المستامن أو الحر بدمية المستامنة إذا زنى لم يجد عند أبي حنيفة ومحمد وجهه الله وعند أبي يوسف رحمه الله حدا والثاني أن تمكن المسلمة أو الذمية من المستامن يوجب الحد عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يوجب أما الكلام في الأول فالاصل عند أبي يوسف رحمه الله أن كل الحدود تقام على المستامن والمستامنة في دارنا الأحد الشرب وعندهما لا تقام على المستامن شيء من الحدود إلا الحد القذف لأن الإقامة تبني على الولاية والولاية تبني على الالتزام إذ لو أئتمنا عليه حكم بلا التزامه لا أدى إلى تنفذه من دارنا وقد نبذنا الصفة لماله تحمله إلى ذلك على الدخول في دارنا ليرى بحاسن الإسلام فيسلم وأما في الثاني فالاصل أن الحد متى لم يجب على المرأة أصلا أو تعذر استيفاؤه لم يترتب في حق الرجل إجماعا قاطعا لا ينعقد فعل الرجل موجب الحد عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله منع لأن فعل الرجل أصل وفعل المرأة تبعية لأنه الفاعل وهي محل الفعل والمحال في حكم الشرع فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبعية لأن الحد امتناع يجب عليها بالتمكن من فعل موجب الحد متى لم ينفذ فله موجب الحد فامتناع من فعل موجب الحد فلا يحد وأما الامتناع في حق التبعية لا يوجب امتناعه في حق الأصل نظيره زنى عاقل بالغ بدمية أو مجنونة فإنه يحد بالبالغ لكونه أصلا وزنى صبي أو مجنون ببالغ عاقله فانه لا يحد لكونها تابعة ولا يوجب حنيفة زنا لكونه المستامن زنا بدليل أنه لو قذفه قاذف بعد الإسلام لا يلزمه الحد وصارت هي زانية بالتمكن من الزنا بخلاف الصبي والمجنون فإن فعلهما ليس برشا شرعا حتى لو قذفهما قاذف بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد وهذا لأنه مخاطب بالحرمان وإن لم يخاطب بأداء ما يحتمل السقوط من العبادات ألا ترى أن الذي يلزمه الحد لا يجب قبل الخطاب فثبت أن الكفر لا يمنع من الخطاب بالحرمان وإنما لم يعم عليه الحد لفساد شرط الولاية وهو الالتزام لا لخلل في فعله فصار كونه زنى ثم غاب والمرأة تابعة في نفس الفعل دون حكم الفعل ألا ترى أن الرجل إذا لم يكن محصنا والمرأة محصنة بجسد الرجل وترجم المرأة ولا يصير ذلك شبهة في حقها بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لا يخاطبان فلم يكن فعلا زنا (قوله لأنه مخاطب بالحرمان على ما هو الصحيح) وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع واسم الحرمان يتناول المنهاى نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ويتناول ترك الأوامر من نحو ترك الإيمان والصلاة والصوم فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من

(قوله وحده القذف من حقوق العباد) أقول أي في حقهم قال المصنف (ولا يوجب حنيفة فيه أن فعل الحربي المستامن زنا لأنه مخاطب بالحرمان) أقول قال الشارح المراد بالحرمان ترك الامتناع بالأوامر والانتها عن النواهي فإن الكفار مخاطبون بالعبادات

(فخ القدير والكفاية) - (خمس) من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم انتهى وفي النهاية الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب ترك الصلاة والزكاة قال الله تعالى ما ملكتكم في سقر قالوا لم نك من المصلين الآية وقال فيه الحرمان يتناول المنهاى نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ويتناول ترك الأوامر من نحو ترك الإيمان والصلاة والصوم فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من

(فخ القدير والكفاية) - (خمس) من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم انتهى وفي النهاية الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب ترك الصلاة والزكاة قال الله تعالى ما ملكتكم في سقر قالوا لم نك من المصلين الآية وقال فيه الحرمان يتناول المنهاى نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ويتناول ترك الأوامر من نحو ترك الإيمان والصلاة والصوم فإن الكفار مخاطبون بالعبادات من

على أصلنا) ولهذا لو قد فقه فاذن به بعد الاسلام لم يلزمه الحد لأنه لا يقيم عليه الحد لو جوب ببلغة مامنه بقوله تعالى ثم أبلغه مامنه وإذا كان كذلك كان متمكين المرأة منه لأن المتمكين من فعل الزنا ما وجب الحد لقوله تعالى الزانية والزاني فاحلوا عليه الحد عليه الوجود والمقتضى وانتفاء المانع بخلاف الحرب ليحقق المانع (٥٠) وهو ببلغة مامنه والمراد بالحرمان ترك الامتثال بالامر والانهاء عن النواهي

على أصلنا والمتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لا يخاطبان وظاهر هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطوعة فتحد المطاوعة عنده وعند محمد رحته الله تعالى عليه لا تحدد قال (وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طوعته فلا حد عليه ولا عليها) وقال زفر والشافعي رحمه الله تعالى يجب الحد عليها وهو رواية عن أبي يوسف رحته الله تعالى عليه (وان زنى صحب بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها أحد الرجل خاصة) وهذا بالإجماع لهم أن العذرة من جانبها لا وجب سقوط الحد من جانبها فكذا العذرة من جانبها وهذا لأن كلامهم مأخوذ بفعله ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو

للحد عليها وصار كالمتمكين مسلما فرب تحده لان المانع خصه وتبعيته في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبياً أو مجنوناً لأنهما لم يخاطبا لم يكن فعلهما مازناً فممكن من الزنا وظاهره لو زنى مكره بمطوعة تحدد المطاوعة عند أبي حنيفة وبه قالت الأئمة الثلاثة وعند محمد لا تحدد (قوله وإذا زنى الصبي أو المجنون بامرأة طوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو) أي قول زفر والشافعي (رواية عن أبي يوسف) وهو قول مالك وأحمد (وان زنى صحب) أي عاقل بالغ (بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها أحد الرجل خاصة) وهذا بالإجماع لهم أن العذرة من جانبها لا وجب سقوط الحد من جانبها فكذا العذرة من جانبها لا وجب سقوطه من جانبها (وهذا لأن كلامهم مأخوذ بفعله وقد فعلت ما هي به زانية لأن حقيقة زناها انقضاء شهوتها بالته وقد وجدوا لا يرى أنه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس بالبدل وبدل على أنها زانية حقيقة كونها بمكره فاذن فلولم تصور زناها لم يحد فاذن كالمجنون (ولنا أن فعل الزنا انما يتحقق منه) لأن أهل اللغة أخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة (وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو

حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلاة قال الله تعالى ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المسلمين الآية فيسأل في التفسير من المسلمين المعتقدين فرضية الصلاة وقال تعالى وويل للمشركين الذين لا يؤفون الزكاة أي يعقرون بها وهذا معنى قولنا ان الخطاب يتناولهم فيما يرجع إلى العقوبة في الآخرة فامضى وجوب الاداء فلا يعاقبون في أحكام الدنيا ومذهب العراقيين من مشايخنا أن الخطاب متناول لهم أيضاً والاداء واجب عليهم فانهم لا يعاقبون على ترك الاداء اذ لم يكن الاداء واجبا عليهم فظاهر ما تلونا يدل على أنهم يعاقبون في الآخرة على الامتناع من الاداء في الدنيا ولان الكفر رأس المعاصي فلا يصلح سبباً لاستحقاق التخفيف به ومع لوم أن سبب الوجوب متقرر في حقهم بشرط وجوب الاداء المتمكن منه وذلك غير منعدم في حقهم ومصلحة النعمة لثبوت الواجب فيها بسببه موجود في حقهم فلو سقط الخطاب بالاداء كان ذلك تخفيفاً والكفر لا يصلح سبباً لذلك ولا معنى لقول من يقول ان المتمكن من الاداء على هذه لصفة لا يتحقق حتى لو أدى لم يكن معتد به لانه ممكن من الاداء بشرط أن يقدم الايمان والخطاب به ثابت في حقه فهو نظير الجنب والمحدث يتمكن من أداء الصلاة بشرط الطهارة وهو مطالب بذلك فيكون متمكناً من أداء الصلاة ويتوجه عليه الخطاب باداءه مع انعدام المتمكن من الاداء باصراره على الكفر وهو جاني في ذلك فيجعل المتمكن قائماً بحكم إذا كان انعدامه بسبب جنائسه ألا ترى أن زوال المتمكن بسبب السكر لا يسقط الخطاب وكذلك انعدام المتمكن بسبب الجهل إذا كان من تقصيره منه لا يسقط الخطاب باداء العبادات فبسبب الكفر أولى ومشايخ ديارنا يقولون أنهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات (قوله على أصلنا) إشارة إلى قول بعض أصحابنا لا تحدد قال (وإذا زنى الصبي أو المجنون) صورة هذه المسئلة طاهرة وقول زفر والشافعي قياس أحد الجانبين

والأخر قال (العذرة من جانبها) كفي صورة الاجماع (لا وجب سقوط الحد من جانبها) وهو في الصورة المختلف فيها لا وجب سقوطه من جانبها) والجامع أن كلامهم مأخوذ بفعله ودلنا طاهر مما ذكرنا أنهما لم يحد فلاحاجة إلى التكرار والصواب انتهى (قوله وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا رحمه الله) أقول فيه بحسب ادليس في قول المصنف لانه مخاطب

فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفاً للحداب عليهم (قوله على ما هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا يكونون مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحسرات والمعاملات وقوله (وان لم يكن مخاطباً بالشرائع على أصلنا) إشارة إلى قول بعض أصحابنا فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الأئمة ومشايخ ديارنا يقولون أنهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات وقوله (بخلاف الصبي والمجنون) جواب عن مستشهد محمد على أن سقوط الحد من الأصل موجب السقوط من التبع ووجه ذلك أن هذا ليس بنظير ما نحن فيه لان الصبي والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما مازناً والمتمكين من غير الزنا ليس بزناً فلا وجب الحد والحربي مخاطب بفعله زناً والمتمكين من الزنا لا وجب الحد (ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطوعة تحدد المطاوعة عنده وعند محمد

واعترض عليه من وجهين أحدهما ان غير المحصن اذا زنى بالمحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعلم الرجم على الاصل لا يوجب  
عنده على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني ان الصبي أو المجنون اذا زنى بالمطوعة ينبغي أن يجب المهر عليه لان الوطء لا يتخلو عن أحد  
الموجبين اما الحد أو المهر وقد أورد في الذخيرة أنه لا يجب عليه المهر فبإذا (٥١) طارعه المرأة أو أجيب عن الاول

بأنه لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاحصان متوقف على شرائط أخر ويلزم من تحقيق فعل الزانية تحقيقه منها بسبب التمكن لان تمكنها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها وعن الثاني بأننا أوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طارعه فلما لا يجب عن الفائدة لان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمنزل ذلك لانها المطاوعة صارت امرأة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر

بالجرمات ما يدل على قصر الخطاب بها حتى يصح الاستراز بقوله على ما هو الصحيح عن قولهم يحصل بقوله على أصلنا فليتنامل قوله واعترض عليه من وجهين أحدهما (الح) أقول في توجيه هذا الاعتراض على قانون المناظرة تامل فان ظاهره منع المقدمة التي استدلل عليها بالتعرض أدليته وذلك لا يجوز قوله والثاني أن الصبي (الح) أقول لعل الاعتراض الثاني نقض باستلزامه خلاف ما تقررو عندهم من أن الوطء لا يتخلو عن أحد الموجبين أو معارضة وعليك بالتامل في

واطئوا زانيا والمرأة موطوءة ومن نياها الا أنهم سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكن فتعاق الخدي في حقها بالتمكن من قبج الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه وموثر على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد

واطئوا زانيا وهي موطوءة ومن نياها الا أنهم سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكن فتعاق الخدي في حقها بالتمكن من قبج الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه وموثر على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد وعلى هذا قولنا انهم بالتمكن زانية حقيقة لغته لا يضرن لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكن معناه هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع انه لا شك انه يطلق عليها في حقها حقيقة فيلزم كون إطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة لي فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بأنه انما يطلق لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكنها طائفة اقضاء شهوة من فعل هو زنا من زانية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكنها من الوطء المقضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أو لا فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازا كونه بالتمكن من الزنا أنسب من كونه بمخالص زنا ولم يلزم جاز كونه لكل منهما فاذ تمكنها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لو جوب الدرع في مثله بذلك لكن بقي أن يقال كون الزاني في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حششته قبل مشتهاه حلالا وما ضا بالملك وشبهه وكونه بالغيا عاقلا لا يعتبره موجبا للحد شرعا فقدم كنه من فعل هو زنا فاعله يجب على فاعله حد والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكنها أصيلا فلا تتحد ومجنونا فتحد لان قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا فاعل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام أهل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرر لا في الإيجاب فلا تحديه والله أعلم ومما ذكرناه يندفع ما قيل لو كان تمكن المرأة أصيلا أو مجنونا يمنع الحد عنها لا يستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدة حين أقرب بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي كانه استفسر ما عزا فقال أباك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لانها الما قالت زنت فقد اعترفت بتمكنه غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ما عرّفناه استراب أمره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدة بأك جنون مع انها مثل ما عرّف في سقوط الحد مجنون أو أورد أنه ينبغي ان يجب العقر على الصبي والمجنون لان الوطء في غير الملك لا يتخلو عن أحدهما اما العقر وهو مهر المثل أو الحد كقول زنى الصبي بصبيته أو مكرهه يجب عليه المهر وهنا لا يجب أوجب بالغرف وهو أن الإيجاب عليه هنا الفائدة فيه لا نالوا أو جينا عليه لرجوع ولي الصبي على المرأة لانها المطاوعة صارت امرأة بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك الامر وصح الامر منها ولا يتها على نفسها فلا يفيد الإيجاب بخلاف ما لو كانت مكرهه أو صبيته لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم صحة أمرها لعدم ولا يتها وفي المكرهه عدم الامر أصلا فكان الإيجاب مغيبا أو ما أراد أن القاعدة ان

ان الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا وعند الشافعي رحمه الله مخاطبون بما باناه على أن الشرائع عندهم من نفس الايمان وهم مخاطبون بالايمان فيحاطبون بالشرائع وعندنا الشرائع ليست من نفس الايمان وهم وان كانوا مخاطبين بالايمان فلا يخاطبون بالشرائع (قوله وفعل الصبي ليس بهذه الصفة) فلم تكن المرأة

التوجيه (قوله لان الوطء لا يتخلو الخ) أقول أي في دار الاسلام (قوله لا يلزم من احصان الزاني) أقول الاظهر أن يقول لا يلزم من عدم احصان الزاني عدم احصان الزانية ويلزم من عدم تحقق الزمان الواطئ عدم تحققه من الموطوءة لانها تابعة فيه كالحق ولا تبعية في الاحصان كما لا يخفى (قوله وعن الثاني بأننا أوجبنا المهر الخ) أقول خلاصة الجواب تنحصر قولهم الوطء لا يتخلو عن أحد الموجبين ومنع عمومهم كلابخفي

قال (ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه) وكان أبو حنيفة مترجحه الله يقول أو لا يحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطوعية ثم جرح عنه فقال لا حد عليه لان سببه المجبى قائم ظاهر والانتشار دليل متردد لانه قد يكون غير قصد لان الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً كما في النائم فاورث شبهة وان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة مترجحه الله وقال لا يحد لان الاكره عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر في الهلاك وانه يتحقق من غيره وله أن الاكره من غيره لا يدوم الا نادراً التمكن من الاستعانة بالسلطان أو بجده اعتد المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لاحكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فاقر (ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا

كما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكره بالطوعية والمستامن بالنميمة والمسلمة فور وده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع يقتضي الدليل فلا حاجة الى الابرار ثم تكاف الدفع (قوله ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه) وكان أبو حنيفة أو لا يقول يحد وهو قول زفر) وهو قول أحمد (لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة وهذا آية الطوعية) فاقرن بالاكره ما ينبغي قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله اياه غير مكره فبطل أثر الاكره السابق ووجب الحد بخلاف اكره المرأة على الزنا فانه بالتكثير وليس مع التمكن دليل الطوعية فلا تحد اجتماعاً (ثم جرح أبو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره أيضاً لان السبب المجبى الى الفعل قائم ظاهراً) وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطوعية بل هو محتمل له اذ يكون معه ويكون طبعاً القوة الفعولية وقد يكون له رجحان تسفل الى المحر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك أثر البقعة وهو الاكره الى المحمل (فان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة) لعدم تحقق الاكره من غيره فكان مختاراً في الزنا وكذا عند زفر وأحمد لانه وان تحقق الاكره من غير السلطان عندهما لكن قال الانتشار دليل الطوعية فقال لا يحد (وقال أبو يوسف ومحمد لا يحد لتحقيق الاكره من غير السلطان) والانتشار لا يستلزم الطوعية الى آخر ما ذكرناه آنفاً قال المشايخ وهذا الاختلاف عصر وزمان ففي زمن أبي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتي بقولهما وعليه مشي صاحب الهداية في الاكره حيث قال والسلطان وغيره يسان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعد به (قوله ومن أقر أربع مرات الخ) هذا على وجهين أحدهما ان يقر الرجل في أربعة بمجالس أنه زنى بفلانة حتى كلف قراره وجبال الحد وقالت هي بل تزوجني أو أقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح فتمتل الصدق وبتقدير صدق مدعى النكاح يكون النكاح ثابتاً فلا حد وبتقدير كذبه لا نكاح فجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتى دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بان لا مهر لها الدعواه الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنها مع ثبوت

مزينها كما مضى وبالمقتول انما يتصف بهذا الوصف اذا كان الفعل الواقع عليه ضرراً او قتلاً وفعل الصبي والمجنون لا يكون زناً ولا يكون موصوفاً بالحرمة وان كانا ممنوعين عن ذلك كى لا يتخلقا بذلك لان الحرمة انما تثبت بالنهي ولا نهى في حقهما فثبت في حق المرأة شبهة الاباحية وان كان حراماً والحد يبرأ بالشبهات وان كان الرجل بالغاً فلا دفعه لكونه زناً والمرأة وان كانت مجنونة أو صبيبة يكون مزيناً بها لو وقع فعل الزنا عليها وان لم تكن معاقبة بعد أن يكون المحل صالحاً لوقوع فعل الزنا فيه (قوله وان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة مترجحه الله) قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فالسلطان كان في زمنه له قوة وغلبة بحيث لا يجاسر أحد على اكرهه وفي زمان ما ظهرت القوة أيضاً لكل متغلب فيتحقق الاكره من غير السلطان فاقتى كل منهم بما عاين وفي زمان ما ظهرت القوة أيضاً لكل متغلب فيفتي

من المرأة لان لها ولا يتولى نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة أو صبيبة فان المكره لا يست يا امرأة والصبيبة لا يصح أمرها لعدم ولا يتبعها على نفسها فكانت بمنزلة المكره فاجاب المهر كان مفيداً انه اذ ليس لولي الصبي حينئذ أن يرجع عليها بمثل ذلك وقسوله (ومن أكرهه السلطان الخ) ظاهر

(قوله فلا يفيد الايجاب) أقول أى ايجاب المهر (قوله اذ ليس لولي الصبي الخ) أقول وكذا الحال في المجنون والشرع كله قاصر وحيث لم تعرضوا لحال المجنون بينت شغفه مع انه مذكور في السؤال أيضاً (قال المصنف لان الانتشار قد يكون طبعاً لا طوعاً كما في النائم فاورث شبهة) أقول أى للعالم وهذه غير داخلية في الشبهة المنقصة الى القسمين اذ المراد منها كان شبهة الوطء



وقوله (وعليه المهر في ذلك) يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح وذهاب المرأة فان قيل ينبغي أن لا يجب المهر فيما اذا أقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة لانه كاح أجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزواج يدعي النكاح فبعد عواء النكاح اتنى الحد عنه في هذا الوطء لانه في دعواه اما أن يكون مصدقا ومكذبا فان كان الاول أثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لاحتمال والا احتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتياالا للدره فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة فاذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق الملزوم كذلك فيثبت لها المهر وان ردت وقوله (ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحسد وعليه القيمة) انما وضع المسئلة في الجارية يتوان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحر والجارية فانه لو فصل ذلك مع الحر وجب عليه الحد (٥٣) والدية على العاقلة لما أن شبهة عدم وجوب الحد عند

أداء الضمان انما ترد في حق الجارية لا في حق الحر لان الامنة تصلح أن تكون ملكا لمرأى عند أداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذهب عينها وهو وجه قول أبي يوسف في هذه المسئلة

(قوله فاذا تحقق الملزوم) أقول يعني سقوط الحد (قال المصنف فيوفر على كل واحد منهما حكمه) أقول ذكر واحد وضيم حكمه على ناويل الجنانية بالتعدي أولان الجنائيتين هنا الزنا والقتل قال العلامة الزيلعي لا يقال انهما مائات بفعل الزنا صار الزنا قتل فوجب أن لا يعتبر الا القتل وبسقط اعتبار الزنا كقطع اليد اذا سري ومات صار قتلا وبسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الا ضمان النفس من الدية والقصاص لانا

حد عليه وعليه المهر في ذلك) لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاوردت شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع (ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحسد وعليه القيمة) معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنائيتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه

الوطء باعتبار فهم ما به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن قرا وعقر فلزم لها المهر وان ردت الا أن تبرئ منه واعلم أن وجوب المهر هو فيما اذا كانت الدعوى قبل أن يجد المقر فان حدثت ادعى الا سحر النكاح لامهر لان الحد لا ينقض بعد الاقامة فانهم ان يقرأ بها كذلك نه زنى بفلانة وقالت فلانة ما زنى بفلانة فاعرفه وأقرت هي بالزنا أربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنت بفلانة فاعرفها لا يجد المقر بالزنا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد يجد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كلكو كانت غائبة وتسميها ولا يبي حنيفة أن الحد ان في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فاوردت شبهة الاتقاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم ما فان تكسفت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا الامة ما أقر بالزنا مطلقا انما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقر به فيندري عنه ضرورة بخلاف ما لو أطلق فقال زنت فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم ينتف في حقها بدليل وجوب النفي وهو الانكار حتى لو حضرت وأقرت أو ربحا حدث فظهر أن الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته فاذا أنكرت ثبتت شبهة يدربها الحد عنه واذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغي أن لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما كافي صورة دعوى النكاح لان الحد لا يسقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كافي المسئلة السابقة بدعوى النكاح فأكار أصل الفعل أولى قلنا خصنا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل حديث سهل بن سعد فانه روى أن رجلا أقر بالزنا وبها امرأة فانكرت فقدم رسول الله صلى الله عليه وسلم واه أبو داود وفي شرح الطحاوي ولو لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا (قوله ومن زنى بجارية فقتلها) أي بفعل الزنا فانه يحسد وعليه قيمتها وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بغيره فقتلها يحد تغا فواجب عليه الدية وقوله

بقوله ما (قوله وعليه المهر في ذلك) فان قيل ينبغي أن لا يجب المهر فيه اذا أقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر بزعمها أنها زانية ولا عقر لها قلنا اذا سقط الحد بدعوى النكاح من

نقول ضمان البدل بدو ضمان النفس بدل النفس والبدل تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الأعضاء تمك هلاك النفس تبعوا يدخل ضمانها في ضمان النفس بخلاف الحدود ضمان النفس لانها محققان مختلفان وجبا بسيين مختلفين الزنا والقتل فصار كن شرب خمر ذي فانه يحسد ويضمن قيمة الجمر لا بدعي لما قلنا انتهى وأجاب في النهاية أيضا بان الوطء غير موضوع لازهاق الروح فلما وجد في الجمل الخالي عن أحد المالكين كان زنا عند وجوده ولا ينقلب قتلا اذا اتصل به الموت بخلاف القطع لانه سبب للموت لكونه جرحا والجرح سبب للموت فاذا اتصل به الموت صار قتلا من الابتداء لكونه علة العلة كما في الرمي كان قتلا من وقت الرمي اذا اتصل به زهوق الروح وان تخطت الوسائط لكونه موضوعا لقتل ففعل الزنا ههنا المالم يكن موضوعا للقتل لم يصير قتلا من الابتداء لعدم صلاحية الاضافة اليه وان صار سببا باعتبار اذات فان الجال والذالك لم يمنع وجوب الحد باعتبار وجوب القيمة انتهى والتعويل عندي على جواب الزيلعي

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب الملك الامة فصار كما اذا اشترها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع

(وعن أبي يوسف أنه لا يحد) ذكره بلفظ عن ليغيد أنه ليس بظاهر المذهب عنه فان محمداً يذكر فيها خلافة في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافة ثابتاً ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافاً وانما نقل الغيبة أبو الواليات خلافة فقال ذكر أبو يوسف في الامالي ان هذا قول أبي حنيفة خاصة وفي قول أبي يوسف لاحد عليه وحيث نقل قول خاصته ذكره في المنظومة في باب قول أبي يوسف على خلاف قول أبي حنيفة ولا قول لمحمد فيها وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول أبي حنيفة وبه قال الشافعي وأحمد لأنه لو قال لا قول له بان توفى لذكره وانما قال أبو يوسف هذا قول أبي حنيفة خاصة لان محمداً كان في عداد تلامذته فلم يعتبر بما قاله قولاً لا ينفقه هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولها ما انه ضمان قتل وجه قول أبي يوسف أنه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب أن قتله سبب الملك الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرقة لان الملك بالضممان وعلى هذا قال في مالوزني بها ثم قتلها أو ملكها بالفساد بان زنى بجارية حنت عليه فدفعت اليه بالجناية أو بالشراء أو النكاح انه لا يحد في ذلك كله وعند أبي حنيفة يحد في الكل وقال أبو يوسف بالدفع ثبت الملك مستنداً وكذا اذا ملكها بالشراء أو النكاح لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولا يحد في حنيفة انه زنى وجنى فيؤاخذ بما وجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين على العادة ولا يجب بالغمة بالغت وهو لا يوجب ملكاً لان محل الملك المال والدم ليس بمال ثم تنزل فقال ما جاصله انه لو فرض ان الضمان يوجب الملك لمكان وجهه في العين القائمة لانه ثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر في القائم دون الفاني ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائماً لثبوت شبهة قيام المنافع فتثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهة فلم يكن كالمسروق ولم يحد الملك السبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة الحد السرقة الخصومة وبالعقوبة انقطعت بخلاف حد الزنا فيبطل القياس وما ل هذا التقرير الى أن الثابت به ان الضمان شبهة ملك تلك المنافع لان الثابت شبهة ملك العين لاحقية تنوع بحقيقته ثبت شبهة ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير بأن أبي يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نغنيها وليس أحد ثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قرناه بقليل تأمل يظهر ما في تقرير المصنف للتزل من التسهيل وبالوجه الذي قرناه يتضح حسن اتصال قوله (بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عنها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط به الحد لان الملك ثمة ثبت في الجنة العمياء وهي عين فاوثر شبهة) أي في ملك المنافع تبعاً فيندري عنها الحد ما ههنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التملك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لانا نقول المستند يثبت أولاً ثم يستند فاستدعي ثبوت المحل حال الاولية وهو منتف وتغريته أن الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فان قيل ينبغي أن لا يجب الحد ولو تم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بد أن يصير بازاء منافع البضع التي يجب الحد لاجلها فيجب أن لا يحد والاوجب ضمانان بازاء مضمون واحد أجيب بأنه لم يوضع الفعل للقتل كان أوله كجراحه اندمت ثم حدث القتل فكل الضمان كله بازائه وفي الفوائد الظاهر يتلوغص بها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعاً خلافاً للشافعي أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع فاضحان لو زنى بحرة ثم تسكعها لا يسقط الحد بالاتفاق

وقوله (وهو على هذا الاختلاف) أي شراء الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند أبي حنيفة ومحمد بخلاف أبي يوسف فكان رد المختلف الى المختلف لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الزاوية بخلاف ما نحن فيه

الرجل وجب العقر وبطل زعمها لان المهر حق الله تعالى في ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر في المفروضة



(ولهما مالان هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب المالك لانه ضمان دم) والدم مما لا يعلم ان يمكن ان يقتل وهكذا لانه ضمان دم وضمان الدم يجب بعد الموت والموت ليس بعمل للمالك وقوله (ولو كان يوجب) يعني سلمانان ضمان القتل بوجوب المالك لكن انما يوجب في العين كما ذكرتم في هيئة المروق لا في منافع البضع لانها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للمالك حاله الضمان ولا مستندة لان المستند لا يظهر في حق المعلوم والمنافع المستوفاة معدومة قبل فليكن المالك ثابتا بطريق التبين لتلاشت شرط الوجود كما في الحيف حرق باب الحدود وأجيب بان التبين انما يكون في حكم مغيا بغاية ينظر الوصول اليها فان وصل حكم بشيئونه والا فلا كما في الحيف وليس ما نحن فيه كذلك وقوله (وهذا بخلاف ما اذا زني بها) جواب لصورة يمكن ان يشهد بها أبو يوسف كما قدمناه وتقرر به ان الزاني بالضمان

عكس الجثة العيما لكونها قابلة للمالك اذ هي موجودة فتورث الشبهة وهذا الجواب انما يستقيم على أصل الجواب دون التزلزل ولقائل ان يقول المالك يثبت في الجثة العيما مستندا فلا يظهر في المستوفي أعني المنافع لكونها معدومة وما اذا نظرت الى أصل الجواب وهو قوله به ضمان قتل فلا يوجب المالك لانه ضمان دم وهو ليس بعين تلك فانه صحيح ويجوز ان يقال بالنظر الى التزلزل ايضا بان المالك وان كان ثابتا فيه ايضا لكن فيه شبهة العدم فتكون في المنافع شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولا كذلك في الجثة العيما لثبوت المالك فيها حقيقة فيكون في المنافع الشبهة معتبرة لكن ليس في كلام المصنف ما يشير الى هذا أصلا (وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام) وفسره أبو الهيثم بالخليفة (فلا حسد عليه الا القصاص فانه

ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب المالك لانه ضمان دم ولو كان يوجب فاما يوجب في العين كما في حبة المروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والمالك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفي لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زني بها فاذهب عينها حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان المالك هناك يثبت في الجثة العيما وهي عين فاو رث شبهة قال (وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حسد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالا موال) لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه (قوله وكل شيء فعله الامام الذي ليس فوقه امام) مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة (لا يؤخذ به الا القصاص والمال) فانه اذا قتل انسانا أو أ تلف مال انسان يؤخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الجزى والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا ولاية لاحد عليه الاستوفاء فائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان التلغات لان حق استيفاء المثل له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج الى المنفعة فالمسلمون منعه فيقدرهم على الاستيفاء فكان الواجب مقيدا والمغلب في حد القذف حق الشرع فكان كبقية الحدود وبهذا يعلم انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لم يكن الولي من استيفائه لانه شرط وأورد عليه ما يمنع من أن يولى غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كما في الاموال غير انه اذا صحت هذه الاستنباطة فوجب عليه حق العبد واستوفاه العبد أو حق الله استوفاه ذلك النائب وقيل لا يخلص الا ان ادعى أن قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وان كان يجلد غيره والله أعلم وقد

فاذا توهم النكاح وسقط الحدود جوب العقر تعظيما لخطر المحل (قوله لانه ضمان دم) وهذا لان ضمان الدم انما يجب من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال فلا يكون سببا للمالك ولان القيمة انما تجب بعد تقرر الجنابة بعد الموت وبعد الموت لم يبق الميت قابلا للملك ولو كان يوجب فاما يوجب في العين كما في منافع البضع لانها استوفيت والمالك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفي لكونها معدومة بخلاف ما اذا اذهب عنها بالزنا حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان المالك هناك يثبت في الجثة العيما وهو عين فاو رث شبهة دائرة الحد اذا العين باقية فامكن ابقاء المنافع تبعها بخلاف ما اذا هلكت فان المالك في الجارية المقتولة ضروري ليصير الضمان ضمان معاوضة مع فوات المحل من وقت تحقق سبب الضمان فلا يظهر في المنافع المستوفاة ولان في الجارية المقتولة بالزنا وجسد الموجب للمالك في الجارية وهو الضمان لا وجود للمالك فيها حقيقة لعدم تصوره فلم يثبت في الجارية المقتولة بذلك الاشبهة للملك وعند حقيقة المالك في الجارية العيما يثبت في المنافع المستوفاة منها شبهة المالك فعند شبهة المالك في نفس الجارية المقتولة تنزل الشبهة في المنفعة الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها (قوله ولا يمكنه ان يقيم على نفسه) لانه لا يفسد لان فائدة اقامة الزجر والزجر

يؤخذ به وبالا موال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره) قال صلى الله عليه وسلم أربع الى الولاة وعدمها اقامة الحدود وكلامه واضح وأما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ولقائل أن يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع لوجب أن لا يحد المستامن اذا قذف كقول زني وقد تقدم أنه يحد لانه حق العبد والجواب أن حد القذف يشمل على الحقين لا يحد في حق كل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحربي أن يكون حق العبد لا مكان الاستيفاء وما يليق بالامام أن يكون حق الله تعالى لانه ليس فوقه

(قوله لتلاشت شرط الوجود) أقول حين التبين (قوله كما في الحيف الخ) أقول قد سبق في باب البين في العتق والطلاق (قال المصنف فاو رث شبهة) أقول أي شبهة كون منافع البضع في ملكه وأما في محل النزاع ففي المالك أيضا شبهة فالتثبت في المنافع شبهة الشبهة والاعتبار به (قوله وأما حد القذف فالمغلب

امام يستوفيه والله أعلم  
يكون باحد شيئين لا غير  
وهما الشهادة والاقرار  
وأخر الشهادة ههنا عن  
الاقرار لقلة ثبوت الزنا  
بالشهادة ونثره حتى لم  
ينقل عن السلف ثبوت الزنا  
عند الامام بالشهادة اذ روية  
أربعة رجال عدول على  
الوصف المذكور كالليل في  
المسكنة كافي السكالب  
في غاية الندرة قال (واذا  
شهد الشهود بمقدم متقدم  
ولم يكونوا بعيدين عن الامام  
لم تقبل شهادتهم الا في حد  
القذف خاصة) وأعاد لفظ  
الجامع الصغير لاشتماله  
على زيادة اوضح وهي  
تعديدا ما يوجب الحد صريحا  
من السرقة وشرب الخمر  
والزنا وزيادة الحين الذي  
استفاد منه بعض المشايخ  
قدر ستة أشهر في التقادم  
وزيادة اثبات الضمان في  
السرقة ثم كمالا لحد المشهود  
عليه لا لحد الشهود أيضا حد  
القذف في الشهادة بالزنا

فيه (الح) أقول وسبغ في  
باب حد القذف  
\* (باب الشهادة على الزنا  
والرجم عنها) \*  
(قوله قد ذكرنا أن ثبوت  
الزنا) أقول في أوائل كتاب  
الحدود (قوله وأخر الشهادة  
ههنا) أقول أي فيما يتعلق  
بالرجم والاقر في كتاب  
الحدود بين الشهادة وأولاً ثم  
الاقرار والرجم عنها  
وأيضا الاقرار فعل الواحد  
والشهادة فعل المتعد والواحد قبل المتعدد وايضا المباحث المتعلقة بالرجم عن الشهادة كغيره بخلاف الاقرار والاصل

لا ينفرد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه على الحق اما بيمينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص  
والاموال منها وأما حد القذف فالأغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى  
والله تعالى أعلم بالصواب \* (باب الشهادة على الزنا والرجم عنها) \*  
(واذا شهد الشهود بمقدم متقدم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة  
وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو شرب خمر أو زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة)

يقال أين دليل ايجاب الاستنابة والله سبحانه أعلم  
\* (باب الشهادة على الزنا والرجم عنها) \*  
قدم أن الحد يثبت بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار لان وجود ما يثبت منه بالبينة بالنسبة الى ما  
ثبت بالاقرار أن ندرنا در نصيب شر وطه المقضى لاعدامه وهو أن يرى ذكر الزنا جل في فرجها كالليل في  
المسكنة وأيضاً لم يثبت قط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلى بالبينة فانهم  
كلهم لم يحدوا الا بالاقرار فقدم ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عنده عليه الصلاة والسلام وعند الصحابة  
رضي الله عنهم (قوله واذا شهد الشهود بمقدم متقدم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم  
الا في حد القذف خاصة) فقوله متقدم اسناد في الحقيقة الى ضمير السبب أي متقدم سببه وهو الزنا لا وهو  
المشهود به وقوله شهدوا بحد سهل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقدم صفة في الحقيقة وقوله لم يمنعهم  
الجملة في محل جراتها صفة للسرقة وهي حدو الفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عن الزنا بل يجب أن  
يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولوم من بعد يومين ونحوه من الاعذار التي يظهر أنها مانعة من  
المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتماله على زيادات مفيدة وهي قوله (واذا شهد عليه الشهود  
بسرقة أو شرب خمر أو زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة) ثم قال فان أقر هو بعد حين بذلك أخذ به  
الا لشرب فانه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ولا يخفى  
ما اشتمل عليه من الزيادات قال المسنف وغيره (والاصل فيه أن الحدود انما تخلص حقا لله تعالى تبطل بالتقدم  
خلافاً للشافعي) وفي العبارة تساهل مشهور فان الذي يبطل بالتقدم الشهادة باسبابها ثم لا يجب الحد على  
الامام من الاصل لعدم الوجوب والاصل أن في الشهادة بالحدود القديمة والاقرار بها أو بعقوبة الاقرار  
الشهادة بها وقبول الاقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الثاني ردّها وقبول الاقرار  
حتى بالشرب بالقديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن الثالث قبوله ما هو وقول الشافعي وما لك  
وأحد الرابع ردهما نقل عن ابن أبي ليلى ولم يقل أحد بقلب قول محمد واستدل للشافعي والآخرين بالحاقه

باقامة الغير لا بفعل نفسه ولان اقامته بطريق الخزي والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه أو يقول أن الشرع  
ما جعل من عليه تابعا عنه فاعدم المستوفى فقلنا بانه لا يجب (قوله والقصاص والاموال منها) أي من  
حقوق العباد فهذا يعلم أن اشتراط قضاء القاص في القصاص للمكين الولي من استيفائه لانه شرط لا يجوز  
بدونه والله تعالى أعلم بالصواب

\* (باب الشهادة على الزنا والرجم عنها) \*  
(قوله لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام) هذان من صوة المسئلة لا من حكمها أي شهدوا بمقدم متقدم ولم  
يكونوا بعيدا عن الامام حتى لو كانوا بعيدا عن الامام فنعمهم عن أداء الشهادة بعدهم ثم شهدوا يقبل وان تقدم  
الزمان وانما أعاد لفظ الجامع الصغير في الكتاب لزيادة اوضح في لفظه وهي تعديدا ما يوجب الحد صريحا  
بالسرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر في التقادم وزيادة  
اثبات الضمان في السرقة ثم ذكر في المبسوط لم أحد بشهادتهم المشهود عليه ولا أحد هم أيضا أي حد القذف  
في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كالمهم قدنا (قوله)

والاصل فيه أن الحدود والخالصة حقا لله تعالى بطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الختين ولأن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر فالخاير

بالاقرار لانها مختان شرعية تان يثبت بكل منهما الحد فكل لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة منهم وشهادة المتهم مردودة أما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولا طين أي منهم وذ كرمحمد عن عمر رضي الله عنه في الاصل أنه قال أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فأنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلا لأن الشاهد بسبب الحد ما مور باحد أمرين الستر احتسابا بالقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة مع ما قدمنا من الحديث في ذلك أو الشهادة به احتسابا بالمقصد اخلاء العالم عن الفساد لا بالحد فاحد الأمرين واجب مخير على الفور كتكصال الكفارة لان كلام من الستر واخلاء العالم عن الفساد لا يتصور وفيه طلبه على التراخي فاذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه باحد الأمرين اما الفسق واما تهمة العداوة لانه ان حل على أنه من الاصل اختار الاداء وعدم الستر ثم أخره لزم الاول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما فانصرف بعد ذلك الى الشهادة موضع ظن أنه حركة محدث عداوة بخلاف الاقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الأمرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة اذا لانسان لا يعادى نفسه فلا يبطل بالتقادم اذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فتأخير الشاهد لتأخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فان قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة به عند التقادم لا بشرط الدعوى فيها الكنهات رد أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فارجع الى الحد لا تشترط فيه الدعوى لانه خالص حق الله تعالى وباعتبار المال تشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لاحدهما بل لاتنقل عن الأمرين فاشتطت الدعوى للزوم المال لا لزوم الحد ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا ينقطع لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الأمرين فيها أنه اذا شهدوا بما على انسان والمدعى غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعى لمأقيه من حق الله تعالى وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعى كفي حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق ملكه الذي كان عنده أو ملكه اياه فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا أخر ردناه في حق الحد المال بل ألزمنه المال بخلاف ما اذا قال زنت بغلانة أو قلبه وهي غائبة لا يدري جوابها يحد ولا يستأنى بالحد لان الثابت هنا شبهة الشبهة ولا تعتبر وفي السرقة لا تثبت أصلا لا بثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في غيبة المسروق منه شبهة لان الثابت احتمال أن يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المنزى بخلاف دعواها النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله أعلم وأجاب ثانيا بان بطلان الشهادة

خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبر الشهادة في الحدود بالاقرار في أن التقادم لا يمنع فيه وزفر رحمه الله فيه يعتبر الاقرار بالشهادة في أن التقادم يمنع من قبولها وفي المبسوط وان أقر بزمان أقدم أربع مرات أقيم عليه الحد عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقام اعتبار الحجة الاقرار بحجة البيئة فان الشهود كما ندوا الى الستر فلم تكتب للفاخشة أيضا مندوب الى الستر على نفسه قال عليه السلام من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستر بستر الله تعالى ولا تكنا نستدل بأسر الحديث حيث قال ومن أبدى لنا صفة ما آثمنا عليه حد الله تعالى وهذا قد أبدى صفة ما بقراره وان كان قد تقادم العهد والمعنى ما ذكر في الكتاب (قوله وانما أن الشاهد مخير بين الحسبتين) أي بين أجرين مطلوبين له يقال اجتسبت بكذا أجرا عند الله والاسم الحسبة بالكسر وهي الاجر

لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله مخير بين حسبتين أجرين مطلوبين له يقال اجتسبت بكذا أجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر والجمع الحسب

(قال المصنف والاصل فيه أن الحدود والخالصة الى قوله هو يعتبرها بحقوق العباد والاقرار الخ) أقول أي بشهادتها فالمنضاف مقدور بقرينة هو يعتبرها بالاقرار

وقوله (بخلاف حد السرقة) جواب عما يقال الدعوى شرط في السرقة كإثبات حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقدمة لم تقبل فعلم بهذا أن قبول الشهادة في حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ووجهه لا نسلم أن الدعوى شرط للحد لانه خاص حق الله تعالى على ماسر والدعوى ليست بشرط (٥٨) فيه وانما هي شرط للمال وهو حق العبد وقوله (ولان الحكم يدار) جواب آخر

ان كان لا اختيارا للستر فالأقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجه أو لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثمافيقنا بالمنايع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فسد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لمافي من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد لانه خاص حق الله تعالى على ماسر وانما شرط للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرا على غرة من المالك

وتقر به أن المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخاصة حق الله تعالى هو نعمة الضغينة والعداوة وذلك أمر باطن لا يطلع عليه فبدار الحكم على كون الحد حق الله تعالى سواء وجد ذلك المعنى في كل فرد أو لا كما أدبر الرخصة على السفهم غير توقف على وجود المشقة في كل فرد من أفراد وقوله (ولان السرقة) جواب آخر ووجهه أن السرقة تقام على الاستسرا لانها توجد في نسل الليالي غالباً (على غفلة من المالك) فلا يكون المسروق منه عارفاً بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد (قال المصنف وان كان التأخير لا للستر يصير فاسقا) أقول فيه بحث فان وجوب أداء الشهادة في الحدود قد انتسخ فكيف يصير بالتأخير فاسقا وفي الكافي وشرح الزليعي أيضا وان كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتأخير لان أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ولهذا لو أخر الشهادة في حقوق العباد بعد طلب المدعي بلا عذر لا تقبل شهادته اه ولا يخفى عليك ان أداء الشهادة ليس بواجب هنا كما يدل عليه

بالتقادم لما كان للتهمة في حقوق الله سبحانه فاقم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة أدبر على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس الا التهمة ويحمل التهمة تظاهرها بذكره كل أحد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حقا لله تعالى ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لان المشقة أمر خفي غير منضبط فلا يمكن الاناطة به فنيط بما هو منضبط فالعدول للحاجة لا لنضباط ولا حاجة فيما نحن فيه فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد في العلم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهد وانفاته لا تهمه بتأخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب أن ما كان فيه تهمه فالردياض اليها وما لم يكن فالي المدعي على ما قال قاضيان انما لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا التهمة في الشهود لان الدعوى شرط القبول بل للخل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا أخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضي بالمال دون القطع كقول شاعر رجل وامرأتان على السرقة يقضي بالمال دون القطع اه فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان تأخير الشهود والشهادة لتأخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة أم لا وأخر والالتأخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه باعلامهم أو بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله (ولان السرقة تقام على الاستسرا على غرة من المالك واجمع الحسب كذا في الصحاح (قوله بخلاف السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد) هذا جواب اشكال يرد على قوله في حد القذف لان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم وهو أن يقال الشهادة المتقدمة على السرقة تبطل ولا يصح لها بلا دعوى فقال الدعوى لا تشتط للحد لانه خاص حق الشرع وانما شرط للمال فكان الاشتراط فيما يرجع الى المال لا فيما يرجع الى الحد ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى أن يجيء المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال أن يكون المسروق ملكه فيتوقف على حضور المالك فاذا لم يشهدوا في الحال صار وامتهم وفي حد القذف لا تقبل في حق الحبس لان فيه حق العبد وفي حقوق العباد لا تقبل في حق الحبس كافي القصاص ولان الشهادة بسرقة متقدمة تبطل لاطلاق الدعوى اذا ادعى بخير بين أن يحتسب بدعواه اقامة الحد فيبذل ماله في ذلك ليقام الحد ويطل عصمة ماله وبين أن يختار الستر فيدعي مطلق الاخذ صيانة لماله فاذا أخر رجل على أنه اختار حسبة الستر فاذا ادعى السرقة تمكنت التهمة في دعواه الا أن التهمة تعسر في القطع لافي المال فيقضي بالمال لا بالقطع كقول شاعر رجل وامرأتان بالسرقة (قوله ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد) يعني اعتبر بالتقادم تهمه فيما هو حق خالص لله تعالى وحكمة الشيء

قولهم مخير بين حسبتين وماذا كروا في كتاب الشهادة من كون الوجوب في حق الحدود منسوخا بخلاف حقوق العباد فيجب فانه واجب فيه فظهر الفرق فنامسل في جوابه فانه يمكن أن يقال بعد اختيار الاداء يصير واجبا كافي النوافل تجب بالشروع (قوله جواب عما يقال الدعوى شرط الخ) أقول والوجه أن وجه السؤال بانه لو صح ما ذكرتم أن تسمع الشهادة

(فيجب على الشاهد اعلامه) فاذا كتمه صار اثنا وقوله (ثم التقدّم كما يمنع قبول الشهادة) ظاهر وقوله (لان الامضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) لان المقصود من القضاء في حقوق العباد ما اعلم من له القضاء أو التمكن من له (٥٩) القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذا المعنيان

يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء وأما الله تبارك وتعالى في حقوقه فستغن عن هذين المعنيين فكان المقصود منهما النيابة عن الله تعالى في الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تسمية القضاء في حقوق الله تعالى (واختلغوا في حد التقادم وأشار في الجامع الصغير الى ستة

بالسرقة المتقدمة (قوله) فلذلك كان الاستيفاء من تسمية القضاء في حقوق الله تعالى) أقول وذكر في الفوائد الظهيرية والفقه فيه أن المقصود من التلغظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود به أو إقراره على استيفاء ما ادعاه وفي الحدود لا سبيل الى كل واحد منهما أما الاعلام فلان المشهود له في باب الحدود هو الله تعالى قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله والله لا تخشى عليه خافية ونائبه القاضي وأنه يستفيد العلم بالشهادة ولا تمس الحاجة الى التلغظ بلفظ الشهادة وكذلك الاقذار على الاستيفاء فان القاضي بدون التلغظ عليه قادر على الاستيفاء كذا في نسخ النهاية وأما في معراج الزاوية ولا تمس الحاجة الى التلغظ بلفظ القضاء اه وهو المناسب للسباق والسباق

فيجب على الشاهد اعلامه فبالكتمان يصير فاسقا آنما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافا لفرحتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقيم عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلغوا في حد التقادم وأشار في الجامع الصغير الى ستة

فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آنما) يقتضى أن ترد في حق المال أيضا للغسق لكن ما ذكر من أنهم اذا شهدوا بعد التقادم تثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقة يقتضى فيها اذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور (قوله) ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء عندنا خلافا لفرحتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقيم عليه) وقول زفره وقول الأئمة الثلاثة لان التأخير بعد زهر به وقدر زال العذر (ولنا أن الامضاء) أي الاستيفاء (من القضاء) بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استنابته تعالى الحكيم في استيفاء حقه اذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تسمية القضاء وهو هنا اذ لم يحجج الى التلغظ بلفظ القضاء حتى جازله الاستيفاء من غير تلغظه بخلافه في حقوق غيره تعالى فانه فيها اعلام من له الحق بحقيقة حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهم سافا فاعلموا هو في حقوقه تعالى استيفاءها واذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كشرط حال القضاء بحق غيره اجزاء بالتقادم لم تبقى الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فالتنقي وهذا رد المختلف الى المختلف فان كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعندهم ما لم يطرأ ما ينقضها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا وما تواجزا الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجع هذا الكن التقادم آنما يبطل في ابتداء الاداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت بحقيقة متوجبة فاتفق تقادم السبب بل اتوان منها ما يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا ان ردها أنيط بالتقادم فلم يلغث الى التهمة بعد ذلك يجب كونه أنيط بتقادم عن توان من الشاهد من والا فممنوع ونذكر فيما يلي هذه القولة ما فيه زيادة ان شاء الله تعالى (قوله) واختلغوا في حد التقادم وأشار محمد في الجامع الصغير الى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين) وقد جعله عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم في الأيمان اذا حلف لا يكلمه حيناً أو بوحنية لم يقدره قال أبو يوسف جهداً بآبى حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر فما رآه بعد بمجانبة الهوى تفر يطا تقادم ولا بعد تفر يطا غير تقادم وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف في ذلك فانما

تواخي في جنسه ولا تراعى في كل فرد من أفراد الجنس كما قلنا في السفر والاستبراء وشريعة النكاح اذا الفرد ملحق بالجملة وفي الجملة التأخير في حقوق الله تعالى مورث للتهمة وان كان في هذا الفرد غير مورث لاجل الدعوى لكن لما كان القطع عن حقوق الله تعالى يكون التأخير مانعاً من قبول الحاق الفرد بالجملة (قوله) لان الامضاء من القضاء في باب الحدود) لان القضاء اما أن يكون لاعلام من له الحق بحقيقة أو لتمكينه من الاستيفاء وذلك لا يتصور في حقوق الله تعالى وكان المعنى في حقوق الله تعالى هو النيابة في الاستيفاء وانما يتم ذلك بحقيقة الاستيفاء فكان التقادم قبل الاستيفاء كالتقادم قبل القضاء والتقادم قبل القضاء مانع فكذا قبل الاستيفاء وذكر في الفوائد الظهيرية والفقه فيه أن المقصود من التلغظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود أو إقراره على استيفاء ما ادعاه وفي الحدود لا سبيل الى كل واحد منهما أما الاعلام فلان المشهود له في باب الحدود هو الله تعالى قال وأقيموا الشهادة لله والله لا يخفى عليه خافية ونائبه القاضي وأنه يستفيد العلم بالشهادة فلا تمس الحاجة الى التلغظ بلفظ القضاء وكذلك الاقذار على الاستيفاء فان القاضي بدون تلغظه

كلا يخفى ثم قال السكاكي ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون التلغظ بلفظ القضاء فاذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطاً لحاله القضاء اجزاء ولم يبق بالتقادم الشهادة

أشهر فاته قال بعد حين) كما ذكرنا (وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك) نقل الناطقي في الاجتناس عن نوادر المعلى قال أبو يوسف  
 جاهدنا على أبي حنيفة أن وقت في ذلك شيا فابي وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر (وعن محمد أنه قدره بشهر لأن مادونه عاجل وهو رواية عن  
 أبي حنيفة) ذكر في البحر فقال أبو حنيفة (٦٠) لو سال القاضي متى زني بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهر أو أكثر

أشهر فاته قال بعد حين وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك وفوضه إلى رأي القاضي في كل  
 عصر وعن محمد أنه قدره بشهر لأن مادونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الأصح وهذا  
 إذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر أما إذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا  
 تحقق التهمة والتقدم في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في باب ان  
 شاء الله تعالى (واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحدون وشهدوا أنه سرق من فلان وهو  
 غائب لم يقطع) والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا والحضور يتوهم دعوى  
 الشبهة ولا معتبر بالموهوم

يوقف عليه بنظر نظري في كل واقعة فيها تأخير فنصب المقادير بالرأى متعذر (وعن محمد أنه قدره بشهر لأن ما  
 دونه عاجل) على ما في مسألة الخلف ليقضين دينه عاجلا فقضاء فيما دون الشهر لا يحسن وبعده يحسن (وهو رواية  
 عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الأصح) وما أخذ هذه الرواية مما في البحر فقال أبو حنيفة لو سال القاضي  
 الشهود متى زني بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهر أو أكثر ردوا عنه قال أبو العباس  
 الناطقي فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد (وهذا) أعنى كون الشهر فصاعدا يمنع  
 قبولها (إذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر أما إذا كان تقبل شهادتهم) بعد الشهر (لان المانع  
 بعدهم عن الامام فلا تحقق التهمة) فقد نظري في هذا التقدم الى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو يخالف  
 ما ذكره من قريب أنه بعد ما أنيط بالتقدم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد الآن يقال اذا كان المانع  
 البعد والمرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقدم لم يكن ذلك التقدم المناط به بل هو ما لم يكن  
 معه هذه الموانع من الشهادة فوجب بان هذا رجوع في المعنى الى اعتبار التقدم الما طيه ما يلزمه أحد الأمرين  
 من الغسق والتهمة ثم هذا التقدم المقدر بشهر لا يتفق في غير شرب الخمر أما فيه فكذلك عند محمد (وعندهما  
 يقدر بزوال الرائحة) فالشاهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وهي غائبة فانه يحدون (وأجمع الأئمة الاربع على أنه  
 بقائه يحسد الى جل باجماعهم لحديث ما عرفناه أنه أقر بغائبة على ما تقدم ذكره ووجه عليه الصلاة والسلام  
 ونقل أبو الليث عن أبي حنيفة أنه كان يقول أولا لا يحد حتى تحضر المرأة لاحتمال أن تحضر فتدعى ما يسقط  
 الحد من كاح مثلا ونحوه ثم رجع الى قول السكلي وسيظهر وجهه بطلان القول الاول (وان شهدوا أنه سرق  
 من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط في السرقة) للعمل بالبينة

قادر على الاستيفاء (قوله وأبو حنيفة رجحة الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه إلى رأي القاضي في كل عصر  
 لان نصب المقادير بالرأى لا يمكن وعن محمد رجحة الله أنه قدره بشهر) وهكذا روى عن أبي يوسف رجحة الله  
 فقال أحسن ما سمعنا فيه الشهر وهذا لان الشهر وما فوقه آجن ومادونه عاجل أصله مسألة اليمين اذا حلف  
 ليقضين دين فلان عاجلا فقضاء فيما دون الشهر وفي يمينه (قوله ولا معتبر بالموهوم) لان الثابت عند الغيبة  
 احتمال الدعوى وبحقيقة الدعوى ثبت لان دعواها تحتمل الصدق والكذب والاحتمال ثبتت الشبهة  
 وهي غير معتبرة اذا اعتبارها يؤدى الى سد باب الحد وهو مفتوح فما يؤدى الى انسداده يكن مردودا ولا ان  
 اعتبار الشبهة بالحديث بخلاف القياس ولا حديث في شبهة الشبهة فان قيل العفو اذا كان بين شريكين  
 وأحدهما غائب لا يتمكن الحاضر من استيفائه لاحتمال العفو من الغائب قلنا العفو حقيقة المسقط فاحتماله

دروى الحد قال الناطقي فقد  
 قدره على هذه الرواية بشهر  
 وهو قول أبي يوسف ومحمد  
 أصله مسألة الدين حلف  
 ليقضين دين فلان عاجلا  
 فقضاء فيما دون الشهر  
 في يمينه وقوله (وهو الأصح)  
 يعني تقدير التقدم بشهر  
 وقوله (وهذا) أى الذى  
 قلنا من تقدير التقدم بشهر  
 (إذا لم يكن بين القاضي  
 وبينهم مسيرة شهر أما إذا  
 كان فانها تقبل لان المانع  
 بعدهم عن الامام فلم تحقق  
 التهمة) قال (واذا شهدوا  
 على رجل أنه زنى بفلانة  
 وفلانة غائبة فانه يحدون وكذا  
 إذا أقر بذلك (وان شهدوا  
 أنه سرق من فلان وهو غائب  
 لم يقطع والفرق أن بالغيبة  
 تنعدم الدعوى) لانها  
 لاتصح على الغائب (وهي  
 شرط في السرقة دون الزنا  
 وبالحضور يتوهم دعوى  
 الشبهة ولا معتبر بالموهوم)  
 لانه شبهة الشبهة فالمعتبر هو  
 الشبهة دون النازل عنها فلا  
 ينسد باب إقامة الحدود  
 وبيان ذلك أنهم لو كانت  
 حاضرة وادعت النكاح  
 سقط الحد لما كان شبهة  
 الصدق مع احتمال الكذب  
 فاذا كانت غائبة كان الثابت  
 عند غيبتها احتمال وجود

الشبهة وهو المعنى شبهة الشبهة وهذا بخلاف ما إذا كان أحد أولياء القصاص غائبا فانه لا يستوفى حتى يحضر الغائب لاحتمال  
 أن يحضر الغائب فيقر بالعقوبة ولو حضر وأقر به سقط القصاص بحقيقة العفو ولا يشبهته فاذا كان غائبا ثبتت شبهة العفو ولا شبهة شبهة

(قال المصنف وهي شرط في السرقة) أقول لا قطع لا للشهادة حتى ينفى ما مر آنفا



(وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يجد) لاحتمال أنهم امرأته أو أمته بل هو الظاهر (وان أقر بذلك حد) لانه لا يخفى عليه أمته أو امرأته (وان شهدا ثنان أنه زنى بفلانة فاستكرها أو آخرا أنهما طأوا وتمدري الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة) وهو قول زفر (وقال يحد الرجل خاصة) لاتفاقهما على الموجب وتقردهما بزيادة جنائيه وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط لتحقيق الموجب في حقها ولم يثبت

لان الشهادة بالسرقه تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست شرط الثبوت الزنا عند القاضي وطول بالفرق بين القصص اذا كان بين شريكين وأحدهما غائب ليس للمحاضر استيفاؤه لجواز أن يحضر فيقر بالعفو و بين الشهادة بتر الغائبه فان الثابت في كل منهما شبهة الشبهة أجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصص نفس الشبهة وهي احتمال العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة وانما تكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل والأدنى الى نفي كل حد فان ثبوتها بالبينه أو الاقرار والذي يثبت به يحتمل أن يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة اتفقت كل حد وجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة (قوله وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يجد لان الظاهر أنها امرأته أو أمته) فلو قال المشهود وعليه المرأة التي رأيتها لم يثبت حد ولا أمضى لم يجد أيضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحدوا ما ما قبل ولو كان اقرارا فبيرة لا يقام الحد به يقتضى أنه لو قال أرى بحد وليس كذلك (وان أقر انه زنى بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تشبه عليه امرأته) فان قيل قد تشبه عليه بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لا تشبه عليه بزوجه التي لم تزف وصار معنى قوله لم أعرفها أى باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمقصود عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز أن يشهد على من يشبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجبا للحد (قوله وان شهدا ثنان) حاصلها أنه شهدا بعمته على رجل أنه زنى بفلانة الآن رجلين فالاستكرها أو آخرا خرين فالطاعة فعند أبي حنيفة يندرى الحد عنهما وهو قول زفر والأئمة الثلاثة (وقال يحد الرجل خاصة لاتفاقهم) أى الشهود الا بعمته على الموجب للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما أى الفريقين وعليه قوله (وتقردهما بزيادة جنائيه) أى تقردهما بزيادة جنائيه منه (هى الاكراه) وهو لا يوجب التخفيف عنه (بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها لم يثبت) اذ قد اختلفوا فيه ونعروضوا فقدم الوجوب عليها المعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كالجوزى بزيادة مشبهة أو مجنونة ولا يوجب حنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه

يكون شبهة المسقط لاشبهة الشبهة (قوله لانه لا يخفى عليه أمته أو امرأته) فان قيل قد تشبه عليه امرأته بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا اشبهت شبهة كون الموطوءة زوجته وصار معنى قوله لم أعرفها أى بوجهها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فجعل هذا كالمقصود عليه بدلالة حاله بخلاف الشاهد لانه جاز أن يشهد على الغير عند الاشتباه كما جاز أن يشهد على الغير كذا فيهم فيها فتبطل الشهادة (قوله اختلف المشهود عليه) أى المشهود به وبيان اختلاف المشهود به ان أحد الفريقين أثبت فعل المكروه والفريق الآخر أثبت فعل غير المكروه ولا شك بان فعل المكروه يغير فعل غير المكروه أو أثبت أحد الفريقين كل الفعل من الرجل لانه لا يفعل للمكروه حقيقة اذ هى محل الفعل وكذا اكتماله لان الفريق الآخر أثبت الشرية بينهما في الفعل ولا شك بان الفعل المشترك غير ما تقرده الرجل وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبها ضرورة وليس على

(وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يجد لاحتمال انها امرأته أو أمته بل هو الظاهر) لان الظاهر من حال المسلم أن لا يزنى والشهود لا يصلحون بين زوجته وأمته وبين غيرهما الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم (وان أقر بذلك) أى بالزنا بامرأة لا يعرفها (حد لانه لا يخفى عليه امرأته أو أمته وان شهدا ثنان أنه زنى بفلانة فاستكرها أو آخرا أنهما طأوا وتمدري الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال يحد الرجل خاصة لاتفاقهما) أى لاتفاق الفريقين (على الموجب للحد) وتقردهما بزيادة جنائيه وهو الاكراه بخلاف جانبها) فان الموجب لم يحقق (لان طواعيتها شرط تحقيق الموجب في حقها لم يثبت

لاختلافهما) فيها وعدم الوجوب في حقها (٦٢) معنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقها كما في

لاختلافهما وله أنه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وان شاهدوا شاهد الطواغية صاروا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهد واحد لان الزنا فعل واحد يسقط احصائهما فصارا خصمين في ذلك (وان شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخرا أنه زنى بها بالبصرة درى الحد عنهما جميعا) لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود بخلافه لقرينة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة

اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة لان الفعل أى الزنا يكون مشتركين بينهما وكل منهما ما بشره فكانا مشهودا عليهما فوجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكروهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فوجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من أن تكون فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تأثم بالتمكين مكروهة فاختلاف الفعل المشهود به أو رث اختلاف المشهود عليه واختلاف الفعل من أقوى الشبهة اهـ ولا يخفى أن المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الاختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم الشهادة على اثنين أو واحد لا يؤثر في الحكم لان حاصل ذلك أن الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب لحد عندهما ولا يبيح في حنيغته في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيد اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا أثر له ولا يفيد في المقصود فائدة بعيد وكونه على تقدير آخر مشهودا عليهما معه والغرض ان ذلك التقدير وهو طواغية غسيرة ثابت فانما هو أمر مفروض فرضا لفائدة فيه أصلا ولذا جرح لفظه عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله أن المشهود به اختلف وليس على أحدهما أى على أحد الوجهين الذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شيء وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلفت جانبا فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعنى أن الزنا بطائفة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم برئادخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائفة ينفيان زناه بمكرهة والآخرا ينفيان زناه بطائفة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة أربعة وقول المصنف يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض أنه واحد بالشخص بل انه يتحقق قيامه أى وجوده بهما (قوله ولان شاهد الطواغية) لما اندرأ الحد عنها (صارا قاذفين لها) بالزنا (فصارا خصمين لها) ولا شهادة للخصم وكان مقتضا أن يحد اجد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكروهة فان الزنا مكره هاسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقطت شهادتهم في حقها سقطت في حقها بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتدال في سقوط حد القذف يحتاج اليه عندهما على ما ذكر في جامع شمس الاثمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود عند أبي حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلغظة الشهادة وذلك يخرج كلامهم عن كونه قذفا كما في المسئلة التي تلى هذه وأما عندهما فلا شاهد الطواغية صارا قاذفين لها لكن شاهد واحد الاكراه اسقطاه الى آخر ما ذكرنا (قوله وان شهد اثنان الخ) أى شهد أربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا أنه زنى بها

أحد منهما نصاب الشهادة (قوله ولان شاهد الطواغية صارا قاذفين لها) بالزنا فكانا خصمين في إثبات ذلك الزنا لرفع جنابة القذف عن أنفسهما ولا شهادة للخصم وانما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهد واحد لان زناها مكروهة يسقط احصائهما فان من قذف امرأة ثم أقام شاهدين أنها زنت وهى مكروهة سقط الحد عن القاذف لسقوط احصائهما بهذه الشهادة واعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذه شهادة على سقوط احصائهما وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ولا يحد الشهود للقذف لقيام أربعة شهداء على معنى الزنا فغات شرطه (قوله في ذلك) أى فى اقامة الشهادة على إثبات الزنا بطريق الاكراه (قوله نظرا الى اتحاد الصورة) أى صورة نسبة الزنا والمرأة أى واتحاد المرأة لان الكلام فيه

وطه الصغيرة المشبهة أو الجنونية (ولابى حنيفة أن المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم بهما) وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين لان الطواغية بوجبا اشتراكهما في الزنا والاكراه بوجبا انفرد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما قاذفا بخلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله (ولان شاهد الطواغية) دليل آخر وتقرره لان شاهد الطواغية (صارا قاذفين) لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت شهادتهم نقص نصاب الشهادة فلا يقام بهما الحد وكان ذلك يقتضى اقامة حد القذف على شاهد الطواغية (ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهد واحد الاكراه لان زناها مكروهة يسقط احصائهما) لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تأثم بسبب الاكراه وقوله (وان شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة) ظاهر وقوله (خلافه لفر) يعنى انه يقول يحدون لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كثلاثة شهداء على رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله (لشبهة الاتحاد) يريد وان شبهة اتحاد المشهود به وتقريره أن الشبهة دائمة في الحدود بالحديث وقد وجد لانهم شهدوا واولهم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة

وان شبهة اتحاد المشهود به وتقريره أن الشبهة دائمة في الحدود بالحديث وقد وجد لانهم شهدوا واولهم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة



ففي زعمهم نظر الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة وانما لاجل الاختلاف بذكر المكان فيثبت شبهة الاتحاد في المشهود به فيدرأ الحد قبل والحاصل أنهم شهادة من وجه دون وجهه فبالنظر الى الاول لم تعد الشهود بالنظر الى الثاني لم تعد المشهود دعيا موقوله (وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) ظاهر ولا يقال ان ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود (٦٣) يحتمل لغيرها الا ان ثبت ان هذا احتيال

لقبول الشهادة والشهادة  
بجة يجب تصحيحهما ما أمكن  
ثم اذا قبلت كان من ضرورة  
قبولها وجوب الحد فان قيل  
فان كان كذلك فما بالكم  
تصحوا الشهادة في مسألة  
الاكراه والطوعية على  
مذهب أبي حنيفة رحمه الله  
بان يحمل على أن يكون  
ابتداء الفعل عن اكراه  
وانتهائه عن طوع اجيب  
بان كل ما ذكر في مسألة  
الاكراه والطوعية  
لا يتفاوت بين أن يكون  
اكراه من أوله الى آخره  
وبين أن يكون أوله اكراه  
وآخره طوع لان الاكراه  
مسقط للحد عن المرأة سواء  
كان فعل الزمان أوله الى  
آخره اكراه أو أوله  
اكراه وآخره طوعا فلما  
كان كذلك كان في شهادتهم  
اختلاف المشهود به كما  
ذكرنا

(وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية وانتهاء في زاوية أخرى بالاضطرار أو لان الواقع في وسط البيت فيحسب من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

بالكوفة والاخوان شهدان أنه زنى بها بالبصرة (درى الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان) لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة (ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة) وهو شهادة أربعة (ولا يحد الشهود) للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لم يتكامل بكل زنا صاروا قذفة كلوا كانوا ثلاثا يشهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شراطينها من الاهلية ولغة الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لأمراً واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا للمشهود به فيندري الحد عنهم والحاصل أن في الزنا شبهة أو جبت البرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة أو جبت البرء عن الشهود وقال قاضيان وكلما أنما ظهر لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم وقطعوا أذانهم والبيان باربعة (قوله وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا) أعنى حد الرجل والمرأة مع هذا الاختلاف (استحسان والقياس أن لا يحدوا) لاختلاف المكان حقيقة يتوهم يختلف الفعل المشهود به فتصير كالتي قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك وجه الاستحسان أنهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه الى بيت واحد صغيرا إذا الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعينهم زوايا واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان في جهة نظن أنه اليه أقرب فيقول أنه في الزاوية التي تليه بخلاف الكبير فإنه لا يحتمل هذا فكان كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة أو حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صار الى أخرى بقهرهم ما عند الفعل وأما ما قيل فانهم اختلفوا فيما لم يكفوا عنه فليس يجيد لان ذلك أيضا قائم في البلدين نعم انما هم مكلفون بان يقولوا مثلي دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه

فكانوا مثبتين زنا واحد من هذا الوجه وهم أربعة وهي نصاب شهود الزنا فكان كلامهم شهادة من هذا الوجه ولم يكن قذفا فلا يحدون حد القذف (قوله معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية) أي في غير الزاوية التي شهد بها الاثنان الاخوان (قوله وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن) ولا يقال بان هذا احتيال لوجوب الحد لان قول هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة بجة يجب تصحيحهما ما أمكن واذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد هذا اذا كان البيت صغيرا فاما اذا كان كبيرا فهو بمنزلة الدارين والمصريين ولان التوفيق في باب الحدود مشروع ألا ترى أنه لو شهد أربعة على رجل أنه زنى بغلانة فهذه الشهادة مقبولة وتحمل شهادة كل واحد منهم زنا يشهد به صاحبه وان لم ينصوا في شهادتهم على هذا الاتحاد مع أن احتمال الاختلاف ثابت بان كان الزنا أربع مرات وشهد كل واحد منهم على زناه بها زنا على حدة وفي ذلك لا يجب الحد على المشهود به فان قيل الاختلاف في تلك المسئلة مسكوت عنه والاختلاف فيما نحن فيه منصوص عليه فبحواز التوفيق هناك لا يلزم جوازه هنا قلنا التوفيق مشروع فيما كان الاختلاف

(قوله في زعمهم نظر الخ)  
أقول فيه نامل (قوله قبل والحاصل) أقول صاحب  
القبيل هو الاتقاني (قوله أنها شهادة من وجه دون وجه)  
أقول أي أنها شهادة صورة وان لم تكن شهادة حقيقة (قوله ولا يقال بان ذلك

احتيال الخ) أقول سيجيب الشارح عن هذا السؤال بجواب آخر في باب الاختلاف في الشهادة من كتاب الشهادات فراجع (قوله أجيب بان كل ما ذكر الخ) أقول ويجوز أن يفسر أيضا بان الطوعية داخل في نصاب الشهادة ولهذا يسألهم الامام عن الكيفية كما مر حوايه بخلاف زوايا البيت فإنه لو سكنت عنها تقبل الشهادة فاكنت في بامكان التوفيق فيما ليس داخل فيها صورنا للجمعة الشرعية عن الإعلان بقدر الامكان ولم يكتف به ثم اتم داخل فيه فلهذا المشهود عليه وعلية لجانته فلهذا

(وان شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند  
دري الحد عنهم جميعا) أما عنهما فلا نأتيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين وأما عن الشهود فلا نأتيقن  
كل فريق

فان قيل هذا التوفيق لا قامة الحسد وهو احتياط في الاقامة والواجب دونه أجيب بان التوفيق مشروع صيانة  
لل قضاء عن التعطيل فانه لو شهد أربعة على رجل بالزنا بغلانة قبل او مع احتمال شهادة كل منهم على زناها في غير  
الوقت وقبوله مبنى على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الآخر وان لم ينص عليه في شهادته  
فان قيل الاختلاف في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه مسكوت عنه أجيب بان التوفيق مشروع في كل من  
الاختلاف المنصوص والمسكوت ومن الاول ما اذا اختلفوا في الطول والقصر أو في السمن والهزال أو في أنها  
بيضاء أو سمراء أو عليها ثوب أحر أو أسود تغيل في كل ذلك وقد استشكل على هذا مذهب أبي حنيفة فيما اذا  
شهدوا فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق يمكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانهاؤه  
طواعية قال في الكافي يمكن أن يجاب عنه بان ابتداء الفعل كرها اذا كان عن اكرام لا يوجب الحد فبالنظر  
الى الابتداء لا يجيب بالنظر الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الزوايتين يجب فافترقا (قوله  
ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالخيلة) بالنون والهاء المحجمة تصغير فخله مكان بظاهر  
الكوفة وقد يقال بجسلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصغير لانه اسم قبيلة باليمن (وشهد أربعة أنه زنى بها  
عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على أحد منهم أما عنهما فلا نأتيقن بكذب أحد الفريقين غير عين) اذ  
الانسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك وأما في الشهود  
فلا نأتيقن بصدق أحد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح  
كون الامر من فهم ما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت متماد متدادا عرفيا لانه يخص آن  
ظهورها من الأفق ويحتمل تكرار الفعل ودير هند بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء  
السما كانت ترهب وتنت هذا الدر وأقامت به ونظمها المغيرة بن شعبه أيام أمارته على الكوفة فقالت  
والصليب ما في رغبة لجمال ولا كثرة مال انما أراد أن يفخر بنكاحي فيقول تكلمت بنت النعمان بن المنذر  
والافاى رغبة لشج أعور في عجز عيا فصدقها المغيرة وقال في ذلك

أدركت مامنيث نفسي خاليا \* لله درك بالبنة النعمان  
فلقد رددت على المغيرة (١) ذهيم \* ان الماول ذكيت الاذهان  
اني خلقتك بالصليب مصدق \* والصلب أصدق خلقة الرهبان  
وكانت بعد ذلك تدخل عليه ويسالها فاسالها يومئذ حالها فقالت

منصوبا عليه أيضا ألا ترى أنه لو شهد الاثنان أنه زنى بامرأة بيضاء وشهدا اثنان أنه زنى بامرأة سمراء تقبل  
الشهادة وكذلك اذا شهدا اثنان أنه زنى بها وعليها ثوب أحر وشهدا اثنان أنه زنى بها وعليها ثوب أسود فتر  
وكذلك اذا اختلفوا في القصر والطول والسمن والهزال فان قيل التوفيق يمكن في مسئلة الاكراه  
والطواعية بان يكون ابتداء الفعل عن اكرام وانهاؤه عن طواعية فلم يحمل على هذا احتمالا لا قبول  
الشهادة فلما الزنا حقيقة توحك لا يتفاوت بين أن يكون في هذه الزوايا بقمن البيت أو في تلك الزوايا في بصر الى  
التوفيق لا اتحاد المشهود به حقيقة وحكما أما المشهود به في مسئلة الاكراه فمختلف حقيقة وحكما على ما مر  
فلا يصار الى التوفيق (قوله بالخيلة عند طلوع الشمس) الخيلة تصغير الخلة التي هي واحدة الفحل موضع  
قريب من الكوفة فالباء والجيم تصغير يعني بجسلة لانها اسم حى من اليمن ودير هند لا يساعده عليه لان دير  
هند أيضا موضع قريب من الكوفة وأما ضم الباء فحريف أصلا كذا في المغرب (قوله وأربعة أنه زنى بها  
عند طلوع الشمس بدير هند) أى في يوم واحد (قوله دري الحد عنهم) أى عن المشهود عليهم ما وعدهم أى

قال (واذا شهد أربعة أنه  
زنى بامرأة بالخيلة عند  
طلوع الشمس وأربعة أنه  
زنى بها عند طلوع الشمس  
بدير هند دري الحد عنهم  
جميعا) الخيلة تصغير فخله  
التي هي واحدة الفحل  
موضع قريب من الكوفة  
والباء الموحدة المفتوحة  
والجيم تصغير لانه اسم حى  
من اليمن ودير هند لا يساعده  
عليه لانه أيضا موضع  
قريب من الكوفة وكلامه  
واضح وقوله (فلا احتمال  
صدق كل فريق) يعنى أن  
احتمال الصدق في كلام كل  
من الفريقين قائم وشبهه  
الزنا تمنع وجوب الحد على  
القاذف

(١) ذهيم بفتح الهمزة  
المهملة وسكون الهاء ثم  
مثناة تحنيته وهو الهمزة أى  
المكر ووقع في النسخ ذهيم  
بجمجمة ونون وهو تحريف  
فليحذر كتبه معصية

وقوله (درى الحد عنهم ما وعنه) توضيحه أن الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا في إسقاط الحد فيسقط عنهم ما وعنه فلأنه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها (٦٥) بقول النساء ولا مدخل لقولهن في إثبات الحدود

وقوله (فان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عيانه) ظاهر وقوله (لان الزنا يثبت بالاداء) أى يظهر عند الامام بأداء الشهود الشهادة ولا أداء العميان والعبيد والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلب شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم تكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكانت قذفا ضرورة وقوله (لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل) يعنى بالنص قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وقال امر بالتثبت دليل على أن الفاسق من أهل الاداء لانه لو لم يكن أهلا لما أمر بالتثبت ألا ترى أن العبد اذا شهد بغيره بالزنا لا يثبت وذكر الامام فاضحان أن الشهود ثلاثا شاهد له أهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له أهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الاداء كالأعمى والمحدود في القذف ولهذا ينعدم النكاح بهما

(قال المصنف وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عيانه) أقول العميان

(وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درى الحد عنهم ما وعنه) لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعهنى المسئلة أن النساء نظرن البهاقطن انهم ابكر وشهادتهن حجة في إسقاط الحد وليست بحجة في إيجابه فلهذا سقط الحد عنهم ولا يجب عليهم (وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عيانه أو محدودون في قذف أو أحدهم عباد أو محدودون في قذف فانهم يحدون) ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة والعبد ليس بأهل التحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا بذلك وهم فاسق أو ظهر أنهم فاسق لم يحدوا (لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل وان كان في أدائه نوع قصور لثمة الفسق ولهذا الوقضى القاضى بشهادة فاسق ينغذ عندنا ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا باعتبار قصور في الاداء لثمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحدان وسيأتى فيه خلاف

فبيننا فوس الناس والامرأ امرنا \* اذا نحن فيهم سوفة تنذف فاف لدينا لا يدوم نعيمها \* تغلب تارات بنا وتصرف ذكر هذا ابن الشجرى في أماليه على القصيدة المنازلة للشريف الرضى التى أولها ما زلت أطرق المنازل باللوى \* حتى نزلت منازل النعمان ولقد رأيت بدير هند منزلا \* ألمان الضراء والحدنان أغضى كسمتع الهوان تغيب \* أنصاره وخلعن الاعوان بالى المعالم أطسرت شرفاته \* أطراق منجزم القرينة عانى وذكرن مسجها الرىاط بجوه \* من قبل يسع زمانها برمان وبما ترد على المغيرة دهميه \* نزع النوار بطيئة الاذعان

والنوار من النساء التى تغرم من الرية يقال نارت المرأة تنور نوراً اذا غرت عن القبح (قوله وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهي بكر) بان نظر النساء البهاقطن هي بكر (درى الحد عنهما) أى عن الشهود علمهما بالزنا (وعنه) أى ويذكر أحد القذف عن الشهود وهو أحد قولى الشافعى وأحد عند مالك تعد المرأة والرجل أما الدر عنهما فظاهر وكذب الشهود اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطاع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد والوجه أن يقال ان تعارض شهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتهم وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في الزنا فلا يعارض شهادة الزنا فينبغى أن لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب أن تعطل شهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم فلنا سواء انتهضت معارضة أو لا لا بد أن تورث شبهة بما يندرى ولذا يسقط بقولهن هي رتقاء أو قرناؤه يقبل في ذلك قول امرأة واحد أو ما عن الشهود فلتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن فقولهن حجة في إسقاط الحد لا في إيجابه والحاصل أنه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في الزنا بالزنا ولكن كذبهم (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عيانه أو محدودون في قذف أو أحدهم عباد أو محدودون في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه) الاصل أن

عن الشهود (قوله والعبد ليس بأهل التحمل والاداء) أى ليس بأهل التحمل يتعلق به حكم ولهذا لا ينعقد النكاح بحضرة عبيد أو مال أو تحمل العبد الشهادة ثم عتق فادى تقبل شهادته (قوله لان الزنا يثبت بالاداء) أى يظهر عند الامام بأداء الشهود الشهادة ولا أداء للعبد والعميان والمحدودين في القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلب شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكانت قذفا ضرورة وذكر

(٩ - فتح القدير والكفاه) - خامس (والمحدودون في قذف ليسوا من أهل أداء الشهادة لكنهم من أهل التحمل ولهذا ينعدم النكاح بحضورهم والعبد ليس من أهل الفعل والاداء والفاسق من أهل التحمل والاداء (قال المصنف لان الزنا يثبت بالاداء) أقول أى عند القاضى كما فسر به الشيخ المصنف قوله في أول كتاب الحدود الزنا يثبت بالبينة والافراق حيث قال والمراد ثبوت عند الامام فراجع

الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده (وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا) لأنهم قذفة إذا لحسبة عند نقصان العدد وخرج الشهادة عن القذف باعتبارها (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف فأنهم محدون) لأنهم قذفة إذا الشهود ثلاثة (وليس عليهم ولا على بيت المال أو أرض الضرب وان رجم فدينه على بيت المال وهذا عند أبي حنيفة وقال أرض الضرب أيضا على بيت المال) قال العبد الضعيف عصمه الله معناه إذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف إذا مات من الضرب وعلى هذا إذا رجح الشهود ولا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب إذا احتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجراح وغيره فيضاف إلى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع

(وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لأنهم قذفة إذا لحسبة عند نقصان العدد) فان الشاهد مخير بين حسبتين على ماسر وهنالم يوجد منه حسبة المستر وهو ظاهر ولا حسبة أداء الشهادة أيضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذلوا ثم وجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسبة وقوله (وان شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (وعندهما يضمنون) أى أرض الجراحة إذا لم يمت والديتان

الشهود باعتبار التحمل والأداء أنواع أهل التحمل والأداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل وأهل لهما على وجه القصور كالغاسق لثمة الكذب ومقابل القسم ليس أهل للتحمل ولا للأداء وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار وأهل التحمل للأداء كالمحدودين في قذف والعلميان فالاول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق به والثاني يجب التوقف فيها لظهور صدقه أولا فلا والثالث لا لشهادة أصله حتى لم يعتبر فيما لم يعتبر للأداء فلا يصح الذكاح بحضورهما وشهادتهما ما والاربع يعتبر في هذا فصم الذكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل إذا عرف هذا في المسئلة المذكورة عدم الحد لان ظاهر لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء أى العميان والمحدودين في القذف ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بهما لا يثبت معهما من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا أهل للأداء والعبد ليس أهل للتحمل أيضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالأداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الغاسق إذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يقبلوا لأنهم أهل للأداء مع قصور حتى لو حكم كما كره بشهادة الغاسق فقد عذر أنه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فقطع عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت وبقي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة وكذا قال أحد في رواية عنه (قوله وان نقص عدد الشهود عن أربعة) بان كانوا ثلاثة فاقول (حدوا) حد القذف يعني إذا طلب الشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقيقة فتوقف على طلبه وهذه اجاعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على الغيرة رضى الله عنه أبو بكر ونافع بن علقمة وشبل بن معبد ولم تكمل بشهادة زياد حد عمر رضى الله عنه الثلاثة الشهود بمحض من العجاجة فكان اجاعا والاربع اخوة لام واسم أمهم ممية وأما وجهه من جهة المقتضى فلان اللفظ لا شك في أنه قذف وانما يخرج عن حكم القذف إذا اعتبر شهادة ولا يعتبر شهادة إذا كانوا انصبا (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ) حاصلها أنه إذا شهد شاهد شهود جلد الجرحه الحد أو مات منه لعدم احتماله ايا ثم ظهر بعض الشهود عبدا أو محدودا في قذف أو أعمى أو كافرا فأنهم محدون بالاتفاق لان الشهود حينئذ أقل من أربعة ومتى كانوا أقل حد واحد القذف ثم قال أبو يوسف ومحمد أرض الجراحة ودية النفس فيما إذا مات في بيت المال وقال أبو حنيفة رجمه الله لا شيء عليهم ولا على بيت المال ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر أحد الشهود على ما ذكرنا فدينه على بيت المال اتفاقا قال المصنف (وعلى هذا إذا رجح الشهود) يعني بعد ما ضرب فخرج أو مات (لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون) أرض الجراحة ان لم يمت والديتان مات وظاهر أنه لا يحسن كل الحسن لفظا وعلى هذا

الامام قاضيان رحمة الله تعالى عليه وللكلام يبتنى على معرفة الشهود فنقول الشهود ثلاثة شاهدة أهلية التحمل والأداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهدة أهلية الاداء ولكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهدة أهلية التحمل وليس له أهلية الاداء كالأعمى والمحدود في القذف (قوله وعندهما يضمنون) أى أرض الجراحة ان لم يمت والديتان مات (قوله فيضمنون بالرجوع) لانه ظهر كذبهم في شهادتهم فاما إذا

قوله (فصار كالرجم

والقصاص) يعني اذا شهد

الشهود فرجم الشهود

عليه أو قتل ثم رجعوا

يضمنون الدية ووجه أبي

حنيفة ظاهر وقوله (في

الصحيح) يعني في الصحيح من

الرواية وذكري في مبسوط

نظر الاسلام ولو قال قاتل

يجب الضمان على الجلاذ

فله وجه لانه ليس بمأمور

بهذا الوجه لانه امر بضرب

مؤلم لا جرح ولا كسر

ولا قاتل فاذا وجد منسه

الضرب على هذه الوجوه

يقع فعله تعدا فيجب عليه

الضمان وذكري في كتاب

الايضاح في هذه المسئلة

لأبي حنيفة وجه احسن

وهو أن الاضافة الى الشهود

من حيث الإيجاب دون

الإيجاد والآخر الحاصل

موجب وجود الضرب

(قال المصنف فصار كالرجم

والقصاص) أقول وقد سبق

آغا وسجيء في آخر

باب التعزير كلام يتعلق

بهذا المقام (قال المصنف لا

أنه لا يجب عليه الضمان

في الصحيح) أقول قال

الاتقاني استثناء من قوله

فيقتصر عليهم هذا جواب

سؤال بان يقال لما اقتصر

عليه كان ينبغي أن يجب

عليه الضمان وهو القياس

فاجاب عنه وقال لكن لا يجب

عليه الضمان في الوجه

الصحيح وهو الاستحسان كى

لا يمتنع الناس اه وفسر غيره الصحيح بالصحيح من الرواية

تجب على بيت المال لانه ينتقل بفعل الجلاذ الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولا يحنيفة أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جرح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا إلا المعنى في الضارب وهو قوله هـ دايته فاقتصر عليه لأنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كى لا يمتنع

هنا لأن مثله يقال اذا كان الخلاف في المشار اليها كخلاف المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو أن الارش والدية في بيت المال عندهما وعند من ليس على بيت المال شيء وهما عندهما على الشهود وعند من ليس عليهم شيء وقال الشافعي ومالك وأحمد الارش والدية على الحاكم (قوله لهما أن الواجب مطلق الضرب اذا احتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينظم الجرح وغيره فيضاف) الجرح والموت (الى شهادتهم) فصاروا كالباشرين لما أوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة في شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فخره أو مات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا أو أذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا أو محدودا الخ وهو ما أراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل بفعل الجلاذ الى القاضى لانه الأمر له وفعل المأمور ينتقل الى الأمر عند صحة الأمر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر خطاؤه وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل للمسلمين لان نفسه فتجب الغرامة التي لحقت به بسبب عمله لهم في مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين أو عبيدا الخ في بيت المال اتفاقا (قوله ولا يحنيفة أن الواجب بشهادتهم هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جرح ولا مهلك) فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما في اثباته أن الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع ممنوع بل يمكن غير عسر أيضا (ولا يقع جارحا لا يخرق الضارب وقوله هـ دايته وتورط احتياطا فاقصر عليه) فلم يتعد الى الشهود ولا القاضى بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضى لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطئه عليهم في مالهم لان الغرم بالنغم أما الجلد الجرح فلم يقض به فلا يلزمه فيكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاذ (الأنه لا يجب عليه الضمان في الصحيح) لانه لم يتعمده فلو ضمنه لامتنع الناس من الافامة بخافة الغرامة واذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضى لتثبت في بيت المال تجب أصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول نضر الاسلام في مبسوطه لو قال قاتل يجب الضمان على الجلاذ فله وجه لانه ليس بمأمور ايهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جرح ولا كسر ولا قاتل

وجدوا أو أحدهم عبدا أو كافرا أو محدودا في ذنب فلا يمكن إيجاب الضمان على الشاهد لانه لم يتبين كذبه لان العبد والكافر والمحدود في القذف قد يكونون عدولا في قولهم وعند عدم وجوب الضمان عليهم يجب الضمان على بيت المال لان الضرب انما يثبت بشهادتهم والشهادة انما تثبت بقضاء القاضى لأن الله لا يمكن إيجاب الضمان على القاضى أيضا لانه يعمل لله تعالى فيكون الضمان به على من وقع له القضاء والقضاء وقع للعامة لان الحدود شرعت وأجر لينزجر العوام عن ارتكاب مثل هذه القاذورات فان كانت المنفعة تعود اليهم يكون الغرم عليهم ومال بيت المال مال العامة ولا يحنيفة رخصه الله أن الجرح ليس من موجبات الشهادة لان الجرح غير لازم للضرب وكذا الموت والضرب هو المأمور به لا الجرح ولا القتل لكن الجرح انما أفضى اليه الشهادة وما أفضى اليه الشهادة لا ضمان فيه كما اذا شهدوا بنسب فثبت الشهود عليه فورثه الشهود له ثم رجع الشهود لم يضمنوا ما ورث لان الارث ليس من موجبات الشهادة فيكون الجرح والموت مقصورا على الضارب لا يتعدى الى الشاهد ومع ذلك لا يضمن الضارب في الصحيح كى لا تعطل اقامة الحد بخلاف الرجم والقصاص لانه يضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لما ذكرنا أنه لم يظهر كذبهم في الشهادة (قوله وصار كالرجم والقصاص) فانه لو شهد الشهود فرجم أو قتل ثم رجعوا يضمنون الدية وأما اذا ظهر أحدهم عبدا في القصاص والرجم تجب الدية في بيت المال (قوله لا أنه لا يجب الضمان عليه في الصحيح) ذكر في مبسوط نضر الاسلام رحمة الله تعالى عليه فلو قال قاتل يجب الضمان

لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله (لما فيها من زيادة الشبهة) معناها لما فيها من شبهة زادت على الاصل لم تكن فيه فان الكلام اذا تداولته الالسنه يمكن فيه زيادة ونقصان (قوله اذ هم قائمون مقامهم) أي الغرور قائم مقام الاصل فكان الرد لشهادة الغرور وعد الشهادة الاصول وذلك (٦٨) لان الموضوع الذي تقبل فيه شهادة الغرور وع تقبل فيه شهادة الاصول وفي الموضوع

الذي ترد بتعدى ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وقوله (ولا يتحد الشهود) يعني الاصول والغرور (لان عدددهم متكامل) والاهلية وجودة (وامتناع الخد عن المشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحميل في الغرور وشبهة الرد في الاصول (وهي كافية للدرء لا لاجباية) لان الشبهة مسقط للحد لا لموجبة له قال (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا) هذا شروع في بيان الرجوع عن الشهادة في الزنا وكلامه واضح وقوله (لانه ان كان قاذف حتى فقد بطل الملو) يعني لان حد القذف لا يورث (وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي) وذلك ان لم يسقط الاحصان فلا أقل من ابراث الشبهة والحد يسقطها

الناس عن الاقامة تخافة الغرامة (وان شهد أربعة على شهادة أو بعة على رجل بالزنا لم يجد) لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرر وروايتها تحملها (فان جاء الاولون فشهدوا على المعينة في ذلك المكان لم يجد أيضا) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد وردت من وجه مرد شهادة الغرور وفي عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يتحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الخد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية للدرء لا لاجباية (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجمه) كما راجع واحد حد الرافع وحده وغرم ربع الدية) أما الغرامة فلانه بقي من يبق بشهادته ثلاثة أو باع الحق فيكون التالف بشهادة الرافع ربع الحق وقال الشافعي يجب القتل دون المال بناء على أصله في شهود القصاص وسنيد في الديات ان شاء الله تعالى وأما الخد فذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يجد لانه ان كان الرافع قاذف حتى فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة

فاذا وجد فعله على هذا الوجه جرم متعديا فيجب عليه الضمان وهذا أو جرمه من جعله احترارا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لاضرورة عدم الخلاف في الواقع (قوله وان شهد أربعة على شهادة أو بعة على رجل بالزنا لم يجد لمافيا) أي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة (من زيادة شبهة) لتحققها في موضعين في تحميل الاصول وفي نقل الغرور وهو قول مالك وأحمد والاصح من مذهب الشافعي أنه يحد بها اذا تكملت شروطها ونحن يبننا زيادة الشبهة وهي وان لم تمنع في الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة وألزم القضاء وجهها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها في الجسلة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء فانهم معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود ولزيادة شبهة فافعل ان الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة في الحدود وسببه أنه يحتاط في درئها فكان الاحتياط ردما كان كذلك من الشهادة كحد شهادة النساء فيها ولا يحد بالحد بل في موضع يحتاط في اثباته لا فيم يحتاط في ابطاله (فان جاء الاولون) يعني الاصول (فشهدوا بالمعينة) بنفس ما شهد به الغرور وعن الزنا فعنده لا تقبل أيضا (لان شهادة هؤلاء الاصول قدردها الشرع من وجه مرد شهادة الغرور وفي عين الحادثة) التي شهد بها الاصول (اذ هم قائمون مقامهم) فصار شبهة في درء الخد عن المشهود عليه بالزنا (ثم لا يجد الشهود) الاصول والغرور (لان عددهم متكامل) فلم تكن شهادتهم قد فاخبر أنه امتنع الخد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية للدرء لا لاجباية فلا يوجب حد القذف على الشهود (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجمه) حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة اما قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعده ذكرها المصنف

قال المصنف لما فيها من زيادة الشبهة) أقول يعني أن في جميع الشهادات شبهة الكذب لكنهما تحملتا لثلاث يلزم انسداد باب الحد وفي الشهادة على الشهادة شبهة عدم التحميل أيضا فغير زيادة الشبهة ولا تحمل (قال المصنف ولا ضرر وروايتها

على الجلافة وجه لانه ليس بما مور بهذا الوجه لانه أمر يضرب مؤل لا جراح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان (قوله لما فيها من زيادة الشبهة) لتمكنها في موضعين في تحميل الاصول وفي فعل الغرور وع والكلام اذا تداولته الالسنه يمكن فيه زيادة ونقصان (قوله ولا ضرورة الى تحملها) لانه يمكن أن يحضر الاصول فيشهدوا (قوله اذ هم قائمون مقامهم) أي الغرور قائم مقام الاصول فكان الرد لشهادة الغرور وعد الشهادة الاصول وذلك لان في الموضوع الذي تقبل شهادة الغرور وع تقبل شهادة الاصول أيضا في الموضوع الذي يرد بتعدى ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وكل شهادة وردت في حادثة لا تقبل في تلك الحادثة أبدا كالفاسق اذا وردت شهادته لا تقبل شهادته في تلك الحادثة بعد التوبة بخلاف العبد اذا وردت شهادته ثم عتق تقبل شهادته في تلك الحادثة لانه ليس للعبد

تحملها) أقول يعني أن الشهادة على الشهادة ترفع الحاجة ولا حاجة اليها هالن الحد ويحتمل الدرثم الا لاثباتها (قال المصنف وأما الحد فذهب علمائنا الثلاثة) أقول عطف على قوله أما الغرامة بنحو بل أما الغرامة فذهب جميع علمائنا لانه بقي من يبق الخ: أما الحد فذهب الثلاثة من علمائنا وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى

(ولنا أن الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع) عنها لأنها تنفسخ به وإذا انفسخت كانت قذفا لا تنفك الحسبتين جميعا (فعل للحال قذفا للميت)  
وإذا انقلب قذفا فقد انفسخت حيثها وإذا انفسخت حيثها انفسخ ما يبنى عليها وهو القضاء (٦٩) وإذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه

مرجوما بحكم القاضي فلا  
يسقط الإحصان ولا يورث  
الشبهة فيجب حذفه  
لكن فيدبر قوله في حقه لأنه

زعم أن شهادته ليست بحجة  
وزعمه في حق نفسه معتبر  
بخلاف ما إذا قذف غيره لأنه  
غير محصن في حق غيره  
لقيام القضاء في حقه لأن

قضاء القاضي في زعمه صحيح  
مقرر فكان قذفه واقعا في  
حق غير المحصن فلا يجب حذف

القذف ولقائل أن يقول  
القضاء لو كان قائما في

زعمهم وجب الحد لا محالة  
فإذا كان قائما في زعم دون

زعم كان قائما من وجه دون  
وجه ومثله يورث الشبهة

الدائرة للحد واعترض  
أيضا بأن أحد الشهود لو

ظهر عبدا بعد الرجوع لم يحد  
الشهود وحده القذف بالاجماع

ولو ظهر أحدهم عبدا بعد  
الحد حدوا وما ذلك إلا لأن

القذف ان ثبت بالشهادة  
ثبت من وقت الشهادة كما

قال زفر ومن قذف حيائمه  
مات المقذوف لا يحد القاذف

وأجيب بأن أحدهم إذا  
ظهر عبدا علم أن شهادته لم

تكن شهادة بل كانت قذفا  
في ذلك الوقت لعدم أهلية

الشهادة لأن العبد لا شهادة  
له فإن كان الحد جلد فقد

قذف حيائمه وإن كان

ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لأن به تنفسخ شهادته بفعل الحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة  
فينفسخ ما يبنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما إذا قذفه غيره لأنه غير محصن في حق غيره  
لقيام القضاء في حقه

كلها فذكر أولا ما إذا رجع واحد من الأربعة بعد الإضام وهو الرجوع من أجله أنه وحده يفرم ربع  
الدية أما ما رجعت ربع الدية فلا يبق من يبق بشهادته ثلاثة أرباعها فيكون التالف بشهادة الرجوع ربعها  
لا تلافيهما ربع النفس حكما فيض من بدل الربع وقال الشافعي يجب القتل لا المال بناء على أصله في شهود  
القصاص أنهم إذا رجعوا يقتلون قال المصنف (وسنبينه في الديات) قيل وقعت الحوالة غير النجاة لأنه لم يذكره  
فيهم وأما حد الرجوع وحده فذهب علمائنا الثلاثة أنه يحد وقال زفر لا يحد لأنه ان كان قاذف حي برجوعه فقد  
بطل بالموت لا يورث لأن الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم  
بحكم القاضي وحكمه يرجع بوجوب شبهة في إحصانه ولهذا لا يحد الباقيون إجماعا (قوله ولنا الخ) حاصله اختيار  
النسبة الثانية وهو أنه قذف ميت ثم نفي الشبهة الدائرة لحد القذف عنه أما أنه قذف ميت فلان بالرجوع  
تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لأنه بالرجوع يتبين أن تلك الشهادة كانت قذفا من الأول لأننا حين  
وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع تنفسخ فتصير قذفا للحال كن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد  
سنة فوقع يقع إلا لأنه يتبين أنه وقع حين التسليم به وكذا إذا فسخ وارث المشتري البيع مع البائع بعد  
موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع بخلاف لو ظهر أحدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لأنه  
ظهر أن الرجوع وغيره قذفة لأن العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وانما لا يحدون بعدد  
الرجع عند ظهور أحدهم عبدا لأنه قذف حيائسات وأما أن كونه مرجوما ليس شبهة في حقه دائرة للحد عنه

شهادة بل له خبر ورد الخبر لا يوجب رد الشهادة فاما القاسق فله شهادة بدليل أنه بعد الرجوع لو ظهر الشهود  
فسقة لأضمان على أحد ولو ظهر أنهم عبيد أو كفار تجب الدية على بيت المال فان قيل القاضي إذا رد شهادة  
الفرع في المال بفسقهم ثم قدم الأصول وشهدوا وقبل شهادتهم قلنا القاضي انما رد شهادة الفرع وغى  
المال بفسقهم حقيقة لأنهم الذين شهدوا إلا أنه تمكن شبهة الرد في شهادة الأصول لتعليم شهادة الفرع وفصل  
الثابت في حق الأصول شبهة الرد والشبهة تمنع القضاء بالحد ودون المال وذكر الامام الترمذي رحمه الله  
ولو رد الفرع وغى المال لنهية تقبل شهادة الأصول لأنه ما رد شهادتهم حقيقة ولوردوا التهمة الأولى لم تقبل  
أبدا من الأولى ولا من الفرع ولو ردوا الرق الأولى وأكفرهم ثم اعتقوا أو أسلموا فشهدوا بذلك جاز (قوله  
لأنه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت) لأن حد القذف لا يورث (قوله ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا  
بالرجوع) لأن بالرجوع تنفسخ شهادته بفعل الحال قذفا للميت كمن قال لاسمائه ان دخلت الدار فانت طالق  
عند الدخول يصير ذلك الكلام طلاقا إلا ان تبين أنه كان طلاقا لا نصبر ورنه طلاقا باعتبار وصوله الى  
المحل مقصو وعلى الجدل فإذا ثبت أنه انما يصير كلامه في الحال قذفا والمقذوف في الحال ميت ومن قذف ميتا  
يلزمه الحد فان قيل هو في الحال مرجوم بحكم الحاكم حتى لو قذفه قاذف لا يحد فكيف يحد هذا الرجوع قلنا هو  
مرجوم بحكم الحاكم بشهادته وهو يزعم بالرجوع أن شهادته ليست بحجة فانهفسخ الحكم في حقه لأن زعمه  
معتبر في حقه فلا يسلخ شبهة بخلاف قاذف آخر لو كان المرجوم غير محصن في حق غير الرجوع لبقاء القضاء  
والشهادة في حقه الذي الرجوع عامل في حقه لا في حق غيره فان قيل أكثر ما فيه أنه مقرر بأنه كان عقيفا ولو قذفه  
إنسان ثم كذب نفسه وقال كان عقيفا لا يقيم عليه الحد أيضا قلنا نعم القاذف وان أ كذب نفسه فالجنة المسقطه  
للاحصان بقيت كاملة فاما إذا رجع واحد من الشهود لا تبقى الحجة المسقطه للاحصان كاملة في حقه فلماذا

رجع قذف حيائمه مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة في ذلك الوقت وبالرجوع انقلب قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد

(قوله ولقائل أن يقول القضاء لو كان قائما في زعمهم وجب الحد) أقول فيه تأمل الآن يكون وجب بمعنى سقط



(فان لم يجد المشهود عليه حتى رجوع واحد منهم حـدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه) وقال محمد  
الراجع خاصة لان الشهادة تـاكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما  
أن الامضاء من القضاء نصا كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع  
واحد منهم قبل القضاء حـدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا أن كلامهم قذف  
في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فالذي يتصل به بقي قذفا فيحدون (فان كانوا خمسة فرجع  
أحدهم فلا يثني عليه) لانه بقي من يثني به فادته كل الحق وهو شهادة الاربعة (فان رجع آخر حـدوا وغرما  
ربيع الدية) أما الحد فلما ذكرنا

فلانه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بني عليه وهو القضاء برجع في حقه برغم واعترافه فاذا انفسخ ثلاثي فكأنه  
لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لان زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره  
لانه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره لو قذف لان القضاء اما كان قائما في حق الغير صار  
المرجوع غير محصن في حقه ثم ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال (فان لم يجد المشهود  
عليه بالزنا حتى رجوع واحد منهم) أي بعد القضاء قبل الامضاء (حدوا جميعا وقال محمد) وزفر (يحد الراجع  
وحده لان الشهادة تـاكدت بالقضاء) فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا لرجوعه بعد القضاء قبل الامضاء وانما  
يؤثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيغاء (ولهما أن الامضاء) أي استيغاء الحد (من القضاء)  
وقد تقدم بيان كون الامضاء من القضاء يحقوق الله تعالى في مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء  
كرجوعه قبل القضاء وتظهر ثمرته كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت أسباب الجرح في الشهود  
أو سقوط احصان المقتوف أو عزل القاضي بمنع استيغاء حـد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء  
فقال (ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حـدوا جميعا) وهو قول الاثمة الثلاثة (وقال زفر يحد الراجع خاصة)  
لان رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفا (ولنا أن كلامهم قذف  
في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به) ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فبقي قذفا فيحدون  
والاولى أن يقال كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة مادام بصحة إيجابه القضاء على القاضي وبالرجوع  
انقضى فكان قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف الى الشهادة الا باتصاله بحقيقة القضاء مما عارضه اذا عرف  
هذا قلنا لو امتنع الرابع عن الاداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا قولا  
فكذا اذا رجع أحدهم يحد الثلاثة بقولهم زنى (قوله فان كانوا خمسة) عطف على أول المسئلة ولو شهد  
أربعة (فرجع أحدهم) أي بعد الرجوع (لا يثني عليه) أي لا حد ولا غرامة (لانه بقي) بعد رجوعه (من يثني  
بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة) وهو قول الاثمة الاربعة سوى قول لشافعي رحمه الله غير الاصح  
عندهم (وان رجع آخر) مع الاول (حد كل منهما وغرما ربع الدية) وللشافعي تفصيل وهو انهما ان  
قالا اخطانا وجب عليهما ما قسمتهما من الدية وفيه وجهان في وجه خمسها وفي وجه ربعها كقولنا ولو قال  
نعمدنا بالكذب يقتلان (أما الحد فلما ذكرنا) يعني من أن الشهادة تنقلب قذفا للحال فعليهما الحد يعني عند  
رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لأن رجوع الثاني هو الموجب

يقام عليه الحد (قوله ولهما ان الامضاء من القضاء) وقد ذكرنا وجهه في هذا الباب في مسئلة التقادم وذكر  
الامام الترمذاني رحمه الله ولهما ان القضاء في الحدود هو الامضاء فان القاضي لا يحتاج الى أن يقول قضيت  
بالرجم أو بالجلد حتى أن أسباب الجرح أو سقوط احصان المقتوف أو عزل القاضي لو اعترضت بمنع الامضاء  
فصار الرجوع قبل الامضاء كالرجوع قبل القضاء (قوله فان كانوا خمسة) عطف على قوله واذا شهدت أربعة  
على رجل بالزنا فرجم (قوله أما الحد فلما ذكرنا) اشارة الى قوله ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع  
فان قيل أما الاول حين رجع لم يجب عليه الحد ولا ضمان فلو لم يزل ذلك انما يلزمه برجوع الثاني ورجوع غيره

وقوله (فان لم يجد المشهود عليه) ظاهر وقوله (ولنا) أن كلامهم قذف في الاصل يعني لكونه صريحا فيه لكن ساق عنه ذلك اذا صار شهادة (وانما يصير شهادة باتصال القضاء به) فالذي يتصل به بقي قذفا وهذا يناقض ما تقدم لانه قال هذه لان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وههنا قال انما قذف وانما يصير شهادة باتصال القضاء بهما يمكن أن يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا رد قول من يقول ان فيما قال أصحابنا مؤاخذه من لم يرجع بذنب مسن رجع وقد قال تعالى ولا تزور وزارة وزر أخرى لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مؤاخذه بذنبه لا بذنب غيره وقوله (وان كانوا خمسة فرجع أحدهم) يعني بعد الرجوع لان وضع المسئلة في ذلك وقوله (فلما ذكرنا) اشارة الى ما قال من قبل ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع معناه يحدان جميعا لانه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من تتم به الحجة وقد انفسخت



الشهادة في حقهما بالرجوع فيصداً فان قيل الاول منهما ما حيز رجوع لم يجب عليه حد ولا ضمان فلزم منه ذلك لسكان الرجوع وهو الرجوع الثاني  
ورجوع غيره لا يكون ملزماً باياه بالحد أجيب بان الحد لم يجب لانعدام (٧١) السبب بل لوجود المانع وهو بقاء الحجة التامة

فاذا زال المانع رجوع  
الثاني وجب الحد على الاول  
بالسبب المقرر لا يزال  
المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى  
لوجب القول بانهم لورجعوا  
معالم يعدوا حد منهم لان في  
حق كل واحد منهم لا يلزمه  
شيء برجوعه وحده لو ثبت  
أصحابه على الشهادة وهذا  
بعدم قال (وان شهد أربعة  
على رجل بالزنا فزكوا)  
التركية من ترك نفسه اذا  
مدحها وتركية الشهود  
الوصف بكونهم أركياء وان  
شهد أربعة على رجل بالزنا  
فزكوا (فرجم فظهر  
الشهود بجوسا أو عبداً  
فألديه على الزكينة عند أبي  
حنيفة معناه اذ رجعوا عن  
التركية وقال أبو يوسف  
ومحمد (أي الضمان على  
بيت المال) ولما كان قوله  
رجعوا عن الترقية محتملاً  
أن يكون الرجوع بان يقولوا  
أخطأنا وذلك لاوجب  
الضمان بالاتفاق وان يكون  
بان يقولوا تعمدنا الترقية  
مع علمنا بحالهم وهو محل  
التزاع قال (وقبل هذا اذا  
قالوا) يعني لو قالوا أخطأنا لما  
وجب الضمان بالاتفاق  
قالا المزكون ما ثبتوا سبب  
الاتلاف لانه هو الزنا وما  
تعرضوا له وانما اثنوا على  
الشهود خبراً فكان كما اذا  
أثنوا على المشهود عليه خيراً

وأما الغرامة فلا نه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاءه من بقي لارجوع من رجوع على ما عرف  
(وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا شهد رجوعاً أو عبداً فإلديه على الزكينة عند أبي حنيفة)  
معناه اذ رجعوا عن الترقية (وقالاهو على بيت المال) وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا الترقية مع علمنا بحالهم  
لهم أنهم اثنوا على الشهود خيراً فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه خيراً بان شهدوا بأصاحبه

للحد (وأما الغرامة فلا نه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر) في قدر لزوم الغرامة (بقائه من  
بقي) لارجوع من رجوع على ما عرف (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا) أي بان قال المزكون هم  
أحرار مسلمون عدول أمالواقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكينة بالاتفاق اذا ظهر واعتدأ فاذا  
زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافراً أو عبداً فإما أن يستمر المزكون على تركيتهم فالثان هم أحرار  
مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقاً ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بانهم كانوا مسلمين وانما طرأ كفرهم بعد وان  
قالوا أخطأنا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف الآن يقولوا  
تعمدنا فقلنا هم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم في هذه الصورة قال أبو حنيفة رحمه الله الدية على  
المزكينة وقال أبو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الأئمة الثلاثة اذا عرف هذا فقوله المصنف وقيل هذا اذا  
قالوا تعمدنا الترقية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذ رجعوا عن الترقية لانه لوهم أن في صورة  
الرجوع الخلافية قولين أن يرجعوا بهذا الوجه أو باعهم منه وليس كذلك (لهم ما أنهم) لو ضمنوا السكان ضمان  
عدوان وهو بالمباشرة أو التسبب وعدم المباشرة فظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه  
وانما (أثنوا على الشهود خيراً فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه بالاحصان) فكذلك لا يضمن شهود الاحصان  
بعد رجوع المشهود عليه اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون (ولا يحنيفة أن  
الشهادة بالزنا) انما تصير حجة موجبة للحكم بالرجوع على الحاكم (بالترقية فكانت الترقية في معنى حلة  
العلة) للاتلاف لانها موجبة حجية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها على ما عرف  
بخلاف الاحصان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا لتعليقها بل الزنا هو الموجب فعند الاحصان وجبها غلظة لانه  
كفران نعمة الله فلم تضاف العقوبة الى نفس الاحصان الذي هو النعمة بل الى كفران النعمة فكانت  
الهداية به شهادة بشيئ علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم  
أفاد المصنف أنه لا يشترط في الترقية لفظ الشهادة بان قالوا شهد أنهم أحرار الخ بل ذلك أو الاخبار كان  
يقولوا هم أحرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقاً لا يشترط العدد في المزكينة عند أبي حنيفة وأبي يوسف  
خلافاً لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق والاربعة في الزنا ويجوز شهادة رجل وامرأتين في الاحصان ثم  
لا يحد الشهود حد القذف لانهم قد ذنوا حياً فثبت ولا يورث استحقاق حد القذف \* (واعلم) أنه وقع في  
المنظومة قوله على المزكينة ضمان من رجم \* ان ظهر الشاهد عبداً وعلم  
وأوجباً ضمان هذا المثلث \* من بيت مال المسلمين فاعرف  
وفي المزكينة اذ ادهم رجعوا \* كذا وقالوا عزروا وأوجعوا

وفي المختلف ما وافق ما في المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقاً عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف اذا  
رجع المزكون قال في المصنف شرح المنظومة وهنا اشكال هائل فانا ان أولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار

لا يكون ملزماً باياه شيئاً لانما يجب لانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء حجة تامة فاذا زال المانع رجوع الثاني  
وجب الحد على الاول بالسبب المقرر في حقه لا يزال المانع (قوله وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا الترقية مع علمنا

فكانوا في المعنى كشهود الاحصان الآن أو ائلك أثبتوا خصالاً جديدة في الزاني وهو لاء أثبتوا خصالاً جديدة في الشاهد فكذلك لا ضمان على أولئك

(قوله قال وقيل هذا الخ) أقول فلا وجه حيثما لصيغة التمرير

وله أن الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتركية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف  
شهود الاحصان لانه من شرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا وهذا اذا أخبروا  
بالحرية والاسلام أما اذا قالوا هم عدول وظهوروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على  
الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قد فواحيوا قدمات فلا يورث عنه (واذا شهد  
أربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجه فضر برجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية) وفي

وان لم تؤد لها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيجتمعل أن يكون في المسئلة روايات ويدل عليه أنه ذكر  
نفي الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرهنا في الشرح خلافا ثم قال ويحتمل أن يؤول بالرجوع ولا  
يلزم التكرار لان المسئلة الاولى فيما اذا ظهر الشهود عبيدا ورجع المزكون أيضا والمسئلة الثانية يعني التي  
في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحسب والتفاوت ظاهر اه وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما اذا  
ظهروا عبيدا ورجعوا وما اذا رجعوا فقط وأما تعزيزهم فبالتفاق وقول صاحب المجمع ولو شهدوا فزكوا  
فرجم ثم ظهر أحدهم عبدا فالضمان على المزكبين ان تعدوا وقال في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا  
لا يغيبد تحقيق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل أفاد بجرد الاتفاق على التزكية كالقائم على  
صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجوع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقيق الخلاف فلا ينقرد  
الظاهر بالتضمن الخلاف بل الاتفاق أنه في بيت المال كما سبذ كرو ينقرد رجوع المزكبين بالتضمن المختلف  
فيه أهو عليهم أو على بيت المال وبه يزول الاشكال عنه غير أن من المحب كون مجرد رجوع المزكبين موجبا  
للضمان على الخلاف ولا يذكري في الأصول كجامع والأصل (قوله) واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فامر  
القاضي برجه الخ استوفى أقسامها في كافي حافظ الدين فقال ان شهد أربعة على رجل بالزنا فامر الامام  
برجه فقتله رجل عدا أو خطا بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطا على عاقبته  
وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجوع وان قضى برجه فقتله رجل عدا أو خطا لا شيء عليه وان قتله  
عدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا أو كفارا أو مجذومين في قذف فالتعويض أن يجب القضاء لانه  
قتل نفسا يحقون الدم هدا لکنه لما ظهر أن الشهود عبيدا تبين أن القضاء لم يصح ولم يصح مباح الدم وقد قتله  
بفعله لم يؤمر به اذ المامو به بالرجوع وهو قد خرقه فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقى  
مقصودا عليه وفي الاستقصان يجب الدية لان قضاء القاضي بالرجوع نغذ من حيث الظاهر وحين قتله كان  
القضاء صحيحا فلو رث شبهة الاباحة وهذا لانه لو نغذ ظاهرا وباطنا ثبت حقيقة الاباحة فاذا نغذ من وجه دون

بما لهم وليس المراد بقوله وقيل اشار الى القولين لكن المراد به بيان محل الخلاف (قوله) فكانت التزكية في  
معنى علة العلة) وهذا لان التلف حصل بالقضاء والقضاء بالشهادة لانهم الزموا القاضي القضاء والشهادة  
انما تعمل بالعدالة وهي تثبت بالتركية فكانت التزكية كعلة العلة للتلف وهي كالعلة في اضافة الحكم اليها كما  
في الرمي وسوق الدابة وهما اعتذارا بيجاب الضمان على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ليضاف الحكم اليها  
ولان العبد قد يكون عدلا والمجوس قد يكونون صدقة ولم يعرف منهم الكذب فيضاف الى التزكية بخلاف  
شهود الاحصان لانه عبارة عن انحصار الجدية وهي لا تصلح سببا للعقوبة ولا علة ألا ترى أن الشهادة على الزنا  
بدون الاحصان توجب العمد بوجه فشهدوا للاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا أما الشهادة بدون التزكية  
لا توجب شيئا وسبب الاتلاف الشهادة وانما صارت حجة لتركية فكانت التزكية علة العلة وقوله الاحصان  
بمحض الشرط لعله أراد به العلامة على عرف في أصول الفقه ان الاحصان علامة لان الشرط ما وجد العلة  
بصورته أو يتوقف انعقادها على وجوده كدخول الدار في تعليق الطلاق والاتفاق به ولا يتوقف الزنا في  
انعقاده على توجب الرجوع على الاحصان بعد ذلك فلا يكون شرطا ولكن الاحصان عبارة عن حالة في الزنا  
يصير الزنا في تلك الحالة موجبا للرجوع والحكم غير مضاف الى الحال بثبوته ولا وجودا عنده فتكون علامة

كذلك لا ضمان على هؤلاء  
وقوله (وله أن الشهادة)  
ظاهر وقوله (وهذا) يعني  
وجوب الضمان على قول  
أبي حنيفة وقوله (لانه لم  
يقع كلامهم شهادة) فيه  
نظر لما تقدم ان كلام كل  
منهم يصير شهادة بأصل  
القضاء به وقد اتصل به  
القضاء فواجه قوله لانه  
لم يقع كلامهم شهادة  
والجواب أن القضاء لما  
ظهر خطو بيقين صار كان  
لم يكن فلم يتصل القضاء  
بكلامهم فلم يصير شهادة فان  
غلب فلم لاتحد الشهود قلت  
لانهم قد فواحيات مات فلا  
يورث عنه واليه الاشارة في  
الكتاب لا يقال لم يجعل  
قذفا للميت للعمال بطريق  
الانقلاب كما في صورة الرجوع  
عن الشهادة لانه قول علة  
الانقلاب الرجوع عن  
الشهادة ولم يوجد فان قيل  
لم لا يكون ظهورهم عبيدا  
أو مجوسا هلة لانقلاب  
كالرجوع فالجواب أن  
الانقلاب صيرورة الشهادة  
قذفا وكلامهم لم يقع شهادة  
(قوله) لما تقدم ان كلام كل  
منهم أقول في رأس الصحيفة

وقوله (وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهر وقت القتل) يعني أن القضاء (٧٣) وجد صورته بصورة قضاء القاضي تكفي لإثبات

الشبهة لأنه لو كان حقيقة كان مباح الدم فهو صورة تكون شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في إسقاط الحدود لهذا لا يجب القصاص على الولي إذا جاء المشهود بقتله حي أو قوله (وإن رجم) على بناء القاعل أي الرجل الذي ضرب عنقه لم يضربه وانما رجمه (ثم وجدوا) أي الشهود (عبيدا فالدية على بيت المال لأنه امتثل أمر

الامام فنقل فعله) أي فعل الراجع (إلى الامام ولو بأمره) الامام بنفسه وجبت الدية في بيت المال لما ذكرنا) أن فعل الجلاد ينتقل إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فوجب الغرامة في مالهم كذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم ياتر أمره) لأنه أمره بالرجم دون حر الرقبة فلم ينتقل فعله إليه قوله (وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا

القياس يجب القصاص لأنه قتل نفسه معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهر وقت القتل فأورث شبهة بخلاف ما إذا قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة بعد ولأنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما إذا ظنه حيا وعلية علامتهم وتجب الدية في ماله لأنه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب ذلك في ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل (وإن رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال) لأنه امتثل أمر الامام فنقل فعله إليه ولو بأمره بنفسه فوجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم ياتر أمره (وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا نعدنا النظر) لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبهه الطبيب والقابلة

وجه تثبت شبهة الاباحية بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لأن الشهادة لم تصر حجة يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل انسانا على ظن أنه حري وعلية علامتهم ثم ظهر أنه مسلم فعليه الدية في ماله لأنه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب في ثلاث سنين لأنه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لأنه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبهه الثمن ومافي الكتاب لا يخفى بعد ذلك وقوله (وإن رجم) ضبطة الاساتذة بالبناء للقاعل ليرجع ضميره إلى الرجل في قوله فضر برجل عنقه ويطلق قول السرخسي في البسوط مافي مبسوط شمس الاثني عشر حيث قال فيه وان كان هذا الرجل قتل رجلا ثم وجدوا عبيدا يجب الدية في بيت المال (لماذا ذكرنا) يعني في مسألة الجلاد إذا حرم من قوله ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فوجب الغرامة في مالهم (كذا هذا) أي الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضي (بخلاف ما إذا ضرب عنقه) ثم ظهر واعبيد تجب الدية في ماله كذا ذكرنا (لأنه لم ياتر أمره) فلم ينتقل فعله إليه كذا ذكرناه آنفا ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه هنا لأنه لم يخالف (قوله) وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا نعدنا النظر) أي إلى قرحيهما (قبلت شهادتهم) وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك وأحمد لأنه ضرورة ثبوت القدرة على إقامة الحسبة والنظر إلى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنفار القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد في الخلاصة مواضع حل النظر إلى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة في العنة والرد بالعيب والمرأة في حق المرأة أولى وإن لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا نعدنا النظر للتدليل لا تقبل إجماعا ونسب إلى بعض العلماء أنه لا تقبل شهادتهم

بعضة لوجوب الرجم عند وجود الزنا (قوله وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهر وقت القتل فأورث شبهة) فان صورة القضاء تكفي لإثبات الشبهة لأنه لو كان حقا كان مباح الدم فهو صورة يمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة في إسقاط الحدود لهذا لا يجب القصاص على الولي إذا جاء المشهود بقتله حيا (قوله) على دليل مبيح) وهو قضاء القاضي (قوله لأنه وجب بنفس القتل) الأصل أن كل دية وجبت بنفس القتل ابتداء لا يعني يحدث من بعد يجب في ثلاث سنين بقضيه ثم رضى الله عنه ولهذا الوقت قتل ابنه عمدا تجب الدية في ماله في ثلاث سنين بخلاف بدل الصلح عن القصاص فإنه يجب حالا لأنه ما وجب بنفس القتل (قوله ولو بأمره بنفسه) أي لو بأمر الامام الرجم بنفسه فوجب الدية في بيت المال لما ذكرنا وهو قوله فبسل هذا بورق في هذا الباب لأنه ينتقل فعل الجلاد إلى القاضي وهو عامل للمسلمين فوجب الغرامة في مالهم (قوله لأنه لم ياتر أمره) لأنه أمره بالرجم دون حر الرقبة فلم ينتقل فعله إليه (قوله وقالوا نعدنا النظر) أي إلى موضع الزنا من الزانيين (قوله لأنه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة) لأن تحمل الشهادة مأمور به قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وأقامتها لا تخفى بدون النظر إليه عمدا إلا يصح التكليف مع الستر ولكن مع هذا الأمر يجوز اختيار جانب الستر في الحدود فذلك قيل بالاباحية دون الوجوب وفي الجامع الصغير لشمس الأعمش رحمه الله قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لأقرارهم بالفسق على أنفسهم بالنظر إلى

(١٠) - (فتح القدير والكفاية) - (خامس) ولكننا نقول النظر إلى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن امرأة لبكارة وبالنسبة لوجوبها في ذلك لأنهم لم يروا كالرشاء في البشور والميل في التكليف لا يسعهم أن يشهدوا

وقوله (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (والاحصان يثبت بمثله) أي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة ألا ترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين عندنا (٧٤) فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبوت

(واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه برجم) معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر شرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا وطلعتها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله (فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لفر والشافعي فالشافعي مر على أصله أن شهادتهم غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول أنه شرط في معنى العلة لان الجنابة تتغلظ عنده فبضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة وبترتب على ذلك أمران أحدهما ما ذكره في الكتاب أن شهادة النساء لا تقبل فيه والثاني أن شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سيباتي لان شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله (فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الجيدة وانها ما نعت من الزنا على ما ذكرنا

الاذا لم يبينوا كيفية النظر فيصحت أنه وقع اتفاقا لا قصد او قلنا ان النظر يباح للمحاجة على ما قلنا (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه برجم) قال المصنف (معناه أنه ينكر الدخول به بعد وجود سائر الشرائط) أي شرائط الاحصان (لان الحكم) شرعا بثبوت النسب منه حكم بالدخول) أي يستلزم ذلك (ولذا وطلعتها) طلقة (يعقب الرجعة) ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة والغرض أنهم ما قران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشروع وبقارهما أولى وعلى كون المعنى ما ذكر المصنف من أن الغرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه أن بينهما ما نكحاهما جميعا فاعن الاثمة الشافعي ومالك وأحمد من أنه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول لا على وجه العصة ليس بخلاف لان بغرض أنهم امرأته لا يكون من وطء شبهة غير المنكوحة ولان نكاح فاسدان النكاح القاسد لا يستمر ظاهرا ومالدا على وجه الديعة والاستقرار كما يفيد قوله وله امرأة (قوله) فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه الخ) المقصود من هذه أن الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لفر والشافعي ومالك وأحمد إلا أن المبني مختلف فعندهم شهادتهم في غير الاموال لا تقبل وعند فران قبلت الا أنه يقول الاحصان شرط في معنى العلة والشان اثبات أنه في معنى العلة ونفيه لانه المدافعا لان تغليظ العقوبة يثبت عنده بخلاف الشرط المحض (فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم) وهو محصن (انه اعتقه قبل زنا لا تقبل) مع أن شهادة أهل الذمة على الذي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله وقوله (لما ذكرنا) يعني أن الاحصان شرط في معنى العلة (ولنا أن الاحصان

النسب وقوله (خلافا لفر والشافعي فالشافعي مر على أصله وزفر جعل الاحصان شرطا في معنى العلة لان الجنابة تتغلظ عنده فبضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة وبترتب على ذلك أمران أحدهما ما ذكره في

الكتاب أن شهادة النساء لا تقبل فيه والثاني أن شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم يضمنون عنده على ما سيباتي لان شهود العلة يضمنون عند الرجوع بالاتفاق وقوله (فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي الخ)

يعني أن الزاني لو كان مملوكا لذمي وهو مسلم فشهد ذميان أن مولاه الذمي اعتقه قبل الزنا لم يبرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذي بالعتق مقبولة لكن لما كان المقصود ههنا تكميل

العقوبة على المسلم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله وقوله (لما ذكرنا) يعني أن الاحصان شرط في معنى العلة (ولنا أن الاحصان

عبارة عن الخصال الجيدة) بعضها ليس من صنع المرء كالخبرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة (والحال أنه

عورة الغير قصدا ولكننا نقول النظر الى العورة عند الحاجة يجرى زرعافان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة والشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم أن يشهدوا (قوله والاحصان يثبت بمثله) أي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة ألا ترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبات النسب (قوله فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم) يعني أن الزاني لو كان مملوكا لذمي وذلك المملوك الزاني مسلم فشهد على الزاني ذميان أن مولاه الذي كان اعتقه قبل الزنا لم يبرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذي بالعتق مقبولة ولكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله (قوله ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الجيدة) بعضها ليس من صنع المرء كالخبرية والعقل وبعضها

ماتع عن الزنا على ما ذكرنا) قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون السكك مزجزة وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة بالغاظة

فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريج لانه ينكره المسلم أو يتضرر به المسلم (فان رجوع شهود الاحصان لا يضمنون)

ولا سيما سببه فان سببها المعصية والاحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة لانه سبب لفساد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل أن تكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس الا الزنا الا أنه مختلف الحكم ففي حال الاحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد فكان الاحصان السابق على الزنا معر فالخصوص الحكم الثابت بالزنا أعني خصوص العقوبة والعلامة المحضة قط لا يكون لها تاثير فلا تكون علة ولا في معناها فكيف يضاف الحكم الباطن أن الواقع أن الاحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة بالشهادة يظهر ماثبت بالزنا عند الحكم فالحكم يمكن سبب العقوبة ولا علة جاز أن يدخل في اثباته شهادة النساء كإلو شهد تامع الرجل بالنكاح في غير هذه الحالة والدخول في غرض آخر تكميل المهر حتى يثبت احصانه ثم اتفق أنه شهد عليه بالزنا ليس أنه يرحم كذا اذا شهدنا بعد ظهور الزنا به فكما يثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعدده وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لغلان عليه فشهدا ثلثان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق الى الشهادة. بالدين بل الى المعلق كذا ههنا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالاحصان الى هذه الشهادة بل الى الزنا (بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادة الذميين) على الذي يثبتهم معا عليه بالاعتاق (وانما لا يعتق بسبق التاريج لانه ينكره) العبد (المسلم أو يتضرر به) فلا تنفذ شهادتهم معا عليه لانه تغلظ العقوبة عليه فتصير مائة بعدان كانت خمسين واستشكل كونه ليس في معنى العلة للحد بان لو أقر بالاحصان ثم رجوع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا تقبل بيئة الاحصان حسبة بلا دعوى فيجب أن يشترط في الشهادة به الذكورة كالزكوة عند أي حنيئة أجيب بان صحة الرجوع لا تتوقف على تكرن المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكنذب له فيه اذا رجوع عنه ولا مكنذب له في سبب الحد بخلاف الاقرار بالدين فان المقر له يكذب به في رجوعه وانما صحت الحسبة فيه لانه من الظاهر حق انه تعالى والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لاصل العقوبة فحين ثبتت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الامة تسع بلا دعوى عند أبي حنيئة لتضمنه تحريم الفرج \* (فرع من المبسوط) \* شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الاحصان فشهد رجلان أنه تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الاحصان فيرجع وعند محمد لا يثبت فلا يرجع كإلو شهد أنه قر بها أو أياها فهذا البس بصرح وهذا لان الدخول برأيه الجماع ورايه الخسوة ولا يثبت الاحصان بالشك ولهذا أن الدخول برأيه الجماع عرفا مستمر حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء قال الله تعالى من نساءكم اللاتي دخلتم بهن فلا مجال فيه عرفا فكانت كشهادتهم على الجماع ولو شهد أربعة على الزنا بغلانته أو أربعة غيرهم شهدوا به بامرأة أخرى فرجع فرجع الفريقان ضمنوا دينه اجماعا وحدوا القذف عند أبي حنيئة وأبي يوسف وعند محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق معتبر في حقهم لافي حق غيرهم فصار في حق كل فريق كما أن الفريق الآخر ثابت على الشهادة وله ما أن كل فريق أقر على نفسه بالترام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانهم قذفة بغير حق ولو شهد أربعة على رجل بالزنا فامرأته حد عند محمد لان البيئة وقعت معتبرة فلا تبطل الا باقرار معتبر والاقرار مرة هنا

فرض عليه كالا سلام وبعضا من دوابه كالكاح والصبح والدخول بالمنكوحه وهي مانعة عن الزنا المأمور فاستحال أن يكون سببها لوجوب عقوبة لان سببها جنائية لا محالة وليس بشرط قضاء عن أن يكون في معنى العلة لان الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف جوب الرجم على وجود احصان ثبت بعد الزنا فانه لا يرجع وان صار صانعا بعد الزنا ولكنه اذا ثبت كان معر فالحكم الزنا فاما أن يوجد الزنا بصورة يتوقف انعقاده علة على احصان بعده فلا والله عرف حكم العلة بوجه فصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة (قوله بخلاف ما ذكر) أي زفر رحمه الله تعالى أي ليس هذا نظير شهادة الذميين بالعتق لانها

(وصار كما اذا شهدوا به)  
أي بالنكاح (في غير هذه الحالة) يعني لو شهد رجل وامرأتان فلان تزوج هذه المرأة ودخل بها في غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا (بخلاف ما ذكر) يعني من زفر شهادة الذميين على ذي أنه أعتق عبده قبل الزنا (لان العتق) هنالك (يثبت) أيضا (بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريج لانه) تاريخ (ينكره المسلم أو يتضرر به) من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه وما ينكره المسلم أو يتضرر به لا يثبت بشهادة أهل الزمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولنا بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله (فان رجوع شهود الاحصان لا يضمنون) أحد الامرين المترين على الاصل الذي ذكرناه من قبل والله أعلم

﴿باب حد الشرب﴾ \* انما أخرج حد الشرب عن حد الزنا لان جرمة الزنا أشد من جرمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تعالى قرن ذكراً بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال تعالى والذين لا يدعون مع الله الها آخرون لا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ولهذا لم يحل في دين من الاديان وأخرج الحد القذف عن حد الشرب (٧٦) لما أن جرمة الشرب متيقن بها بخلاف جرمة القذف فان القذف خبر بمحتمل

بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب لضعف ثبوت القذف لجواز أن يكون صادقا في شبهة الى الزنا فلا يكون قذفا (ومن شرب الخمر فأخذ ورجعها موجودة أو جازأه سكران فشهد الشهود عليه) أي على الشارب (بذلك) أي بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عوان بين ذلك (أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد) وظاهره يقتضي أن لا يشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالاقرار (والاصل فيه) أي في وجوب الحد (قوله) صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فأجلده عاذا فاجلده) قيل تمام الحديث فان عاد فاقطعه وهو متروك العمل به فليكن الباقي كذلك وأجيب بانه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ

عندنا خلافا لفر وهو فرع ما تقدم ﴿باب حد الشرب﴾ \* (ومن شرب الخمر فأخذ ورجعها موجودة أو جازأه سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا أقر ورجعها موجودة) لان جنابة الشرب قد ظهرت ولم يتقدم العهد والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فأجلده فان عاد فاجلده

كالعدم وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البيعة انكار الخصم وهو مقر ولا حكم لاقراءه فبطل الحد لان الاقرار وان فسد حكمه فصورته قائمة فيورث شبهة ﴿باب حد الشرب﴾ \*

قدم حد الزنا عليه لان شبهة أعظم جرما ولذا كان جده أشد وأخرج عن تعدد الشرب لتيقن سببه بخلاف حد القذف لان شبهة وهو القذف قد يكون صدقا وأخرج الحد السرقه وان كان أشد لان شرعيته لصيانة أموال الناس وصيانة الانساب والعقل آكد من صيانة المال بقي أنه أخرجه عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية للنفس عن كل ما تنكره (قوله ومن شرب الخمر فأخذ) أي الى الحاكم (ورجعها موجودة) وهو غير سكران منها ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة (أو سكران) أي جازأه اليه وهو سكران من غير الخمر من النبيذ (فشهد الشهود عليه بذلك) أي بالشرب في الاول وهو عدم السكر منها وفي الثاني وهو السكر من غيرها (فانه يحد) والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الرائحة قائمة حال الشهادة وهو بان يشهدها وبالشرب أو يشهد بالشرب فقط فياصر القاضي باستنكاهه فيستنكاهه ويخبره بان رجعها موجودة أو جازأه من بعيد فذلت الرائحة فلا بد أن يشهد بالشرب ويقولوا أخذنا دور رجعها موجودة لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذلك للحاكم خصوصاً بعد ما حملنا كونه سكران من غير الخمر فان رجح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لان الحد لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد الثاني أن يشهدوا بانه سكر من غيرهما مع وجود الرائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر (وكذلك) عليه الحد (اذا أقر ورجعها موجودة لان جنابة الشرب قد ظهرت) بالبيعة والاقرار (ولم يتقدم العهد والاصل في ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فأجلده ثم ان شرب فاجلده) الى أن قال فان عاد الى الرابعة فاقطعوا أخرجه أصحاب السنن الا النسائي من حديث معاوية بن روى من حديث أبي هريرة اذا سكر فاجلده ثم ان سكر الخ قال الترمذي

لا تقوم على وجه يضر به المسلم أو يقول العتق لم يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التارخ لان هذا نارخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة أهل النمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولاً بجواز شهادة الكافر على المسلم وتحقيقه أن الخصوص هناك في المشهود عليه فان شهادة النساء في غير الحدود والقصاص تقبل فلما لم يكن المشهود به ههنا سبباً موجباً للعقوبة قبلت شهادتهن فيه (قوله وهو فرع ما تقدم) أن الاحصان شرط في معنى العلة فشهود بمنزلة شهود العلة فيضمنون اذا رجعوا وعندنا في معنى الشرط وشهود الشرط لا يضمنون عند الرجوع فكيف اذا كان الشرط بمعنى العلامة والله أعلم بالصواب

﴿باب حد الشرب﴾ \* (قوله أو جازأه سكران فشهد الشهود عليه بذلك) أي بالسكر من الخمر أو غيرهما من الاشربة المحرمة (قوله) ﴿باب حد الشرب﴾ \*

﴿باب حد الشرب﴾ \* قال المصنف ومن شرب الخمر فأخذ ورجعها موجودة (أقول حين الانخذول خمس الحاجة الى وجوده عند الحضور الى مجلس القاضي كاستعلم عن قريب) قال المصنف أو جازأه سكران (أقول الباء للتعدية قوله ووجود الرائحة من باب قوله تعالى الخ) أقول وسيجيء نظيره في أوائل باب حد القذف وان

وان أقر بعد ذهاب راحته لم يجد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد بن محمد (وذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب بجهاو السكر لم يجد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد بن محمد فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بعد الزنا وهذا الآن التأخير يتحقق بمضي الزمان والراثة قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي انك شربت مدامة \* فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

مسلم الإباحدى ثلاث  
وليس شرب الخمر منها فبقى  
الباقى معمولاً به لعدم  
المعارض وقوله (فان أقر  
بعد ذهاب راحتها) واضح  
وقوله (غير أنه مقدر بالزمان  
عنده) أى عند مجده هو  
الشهر (اعتباراً بعد الزمان)  
وقوله (وهذا) يعنى تقدير  
الزمان وعدم اعتبار الراحة  
(لان التأخير يتحقق بمضى  
الزمان) فلا بد من تقدير  
زمان وأما ان ذلك ستة  
أشهر أو شهر واحد فيعلم فى  
موضع آخر (وأما عدم  
اعتبار الراحة فلانها محتملة  
أن تكون من غيرها كما  
قبل يقولون لى انك قد  
شربت مدامة فقلت لهم  
لا بل أكلت السفرجل)  
وهذه الرواية وهى رواية  
المطرزى بكامة قد وقدرى  
بدونها وهى رواية الفقهاء  
فعلى الأولى تسقط همزة  
الوصل من انك فى اللفظ  
وعلى الثانية تحذف الباء الكسرة  
لضرورة الشعر والمدامة  
عنى الدمام وهو الخمر

سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث أبي صالح عن معاوية اصح من حديث أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرک وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه السکري ثم نسخ القتل اخرج النسائي في سننه السکري عن محمد بن اسحق عن محمد بن المنکدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظ فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع ورواه البزار في مسنده عن ابن اسحق به أنه عليه الصلاة والسلام أتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثا فمر به فضرب فلما كان في الرابعة أمر به فجلد الحد فكان نسحا وروى أبو داود في سننه قال حدثنا أحمد بن عبد الله الضبي حدثنا سفيان قال الزهري أن ثانيا قبيصة بن ذؤيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه فأتى برجل قد شرب فجلده ثم أتى به فجلده ثم أتى به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة وقال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن العتير ومخول بن راشد فقال لهما كونا واذنى أهل العراق بهذا الحديث اه وقبيصة في صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا أحسن مما أثبت به المصنف في كتاب الاشرار بمن قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن أن يوجه بالنسخ الاجتهادى أى تعارض فى القتل فرج النافى له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم فى كل ترجيح عند التعارض (قوله وان أقر بعد ذهاب وانتهى لم يجد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد بن سعد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريمها) أو ذهب السكر من غيرها (لم يجد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد بن سعد فالتقدم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه) أى هذا التقدم (مقدر بالزمان عند محمد باعتبار ايجاد الزمان) أنه ستة أشهر أو مغضوض الى رأى القاضى أو شهر وهو المختار (وهذا لان التأخير يتحقق بعضى الزمان) بلا شك بخلاف الراتحة لانها قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لي انك شربت مدامة \* فقلت لهم لا بل أكلت السفرجل)

وانك بوزن امنم ونك من يابه أى أظهر راحة فم وقال الآخر

سفر جلد نہدہم کی نئی النواہد \* لہا عرف ذی فسق و صغیرۃ زاہد

فظهر أن رائحة الجرم مما تلبس بغيرها فلا ينافى شيء من الأحكام بوجودها ولا يذهبها ولو سلمنا أنها لا تلبس على ذوى المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبيئة بوجودها لأن المعقول تقييد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الاداء تأخيراً يعد تفریطاً وذلك منتف في تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة

وكذلك اذا شهدوا عليه بعدما ذهبوا فكتبت عن أبي حنيفة وأبي يوسف وجهما لله تعالى) أى لا يحد أى إذا  
عندهما نشترط الرأفة فى الشهادة والاقرار غير أن الرأفة تشترط عند تحمل الشهادة حتى لو كان موجودا  
عند الاخذ وانقطع قبل أن ينتهوا به الى الامام حتى فى قولهم جميعا لان هذا عن تركب بعد المسافة فى حد الزمان  
والشاهد لا ينتهم فى مثله (قوله غير أنه مقدر بالزمان عنده) وهو الشهر (قوله والرأفة قد تكون من غيره)  
فان من استكثر أكل السفر جل توجده منه ورأفة الخمر كما قيل شعر

يقولون لي انك شمريت مدامة \* فقلت لهم لا بل اكلت السفر جلا

وقبل شعر      سفر جلة تحكي ثدى النواهد \* بها عرف ذى فسق وصغرة زاهد



وعندهما يقدر بز والرائحة تقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من أقوى دلاله على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح يمكن للمستدل وانما تشبه على الجهال وأما الاقرار فالتقدم لا يبطله عند محمد كافي حد الزنا

عرف من قول ابن مسعود وهو ما روى عبد الرزاق حد ثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التميمي الجابر عن أبي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن أخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترزوه وترزوه وترزوه واستنكوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عابه من الغسد وعاب سوط ثم أمر به فذقت ثمرته بين حجرين حتى صارت دوة ثم قال للجدلا جلدوا رجلا بذكر وأعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه اسحق بن راهويه أخبرنا جريح عن عبد الجيد عن يحيى بن عبد الله الجابر به ودفعه بان يحل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل به لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا اقرارا غائبه أنه حده بظهور الرائحة بالترثرة والمزمنة والمزمنة الخري بك بعنف والترثرة والتلثة الخري بك وهما يشاء من مثنتين من فوق قال ذو الرمة بصف بعيرا بعيد مساف الخطو غوج شمردل \* تقطع أنفاس المهارى ثلاثه

أي حركانه والمساف جمع مسافق والغوج بالغين المججمة الواسع الصدر ومعنى تقطيع ثلاثه أنفاس المهارى أنه اذا باراها في السبر أظهر في أنفاسه الضيق والتباس لما يجدها وانما فعله لان الخري بك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبا ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا أثرت فقال عبد الله والله لقد قرأتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت فيينا هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال أشرب الخمر وتكذب بالكذب فضر به الحسد وأخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب برجل اجد منه ريح الخمر وفي لفظ ربح شراب والحاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم البيئة والاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ثم هو مذهب بعض العلماء منهم مالك وقول الشافعي ورواية عن أحمد والاصح عن الشافعي وأكثر أهل العلم نفيه وما ذكرناه عن عمر بن الخطاب من وجد منه رائحة الخمر فبطل العلم لانه أصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر أنه جلد من وجد منه ريح الخمر حدا تاما وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو أن الاصل في الحدود اذ جاء صاحبها مقرأ أن يرد أو يدرأ ما استطاع فكيف يابى ابن مسعود بالزمنة عند عدم الرائحة انما يظهر الريح في حده فان صح فتاويله أنه كان رجلا موالعا بالشراب لم يمنع عليه فاستجاز ذلك فيه وأما قوله (ولان قيام الرائحة من أقوى دلاله على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره القرب) ثم أجاب عما يوهى من أن الرائحة مشبهة بقوله (والتمييز بين الروائح يمكن للمستدل وانما تشبه على الجهال) فليس بمغيد لان كونها دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها بل من انتقامها ثبوت البعد والتقدم لان القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لان ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ان أراد ان اعتبار القرب بالرائحة فهو محمل النزاع فقوله محمد هو الصحيح (قوله) وأما الاقرار فالتقدم لا يبطله عند محمد كافي حد الزنا

(وعندهما يقدر بز والرائحة تقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من أقوى دلاله على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح يمكن للمستدل وانما تشبه على الجهال وأما الاقرار فالتقدم لا يبطله عند محمد كافي حد الزنا)

يقال استنكمت الشارب ونكته تشبهت نكته أي ربح فيه ونكته الشارب في وجهه أي ايضا اذا تنفس تعدى ولا يتعدى وهو من باب منع (قوله) وعندهما يقدر بز والرائحة (لقول ابن مسعود رضي الله عنه وهو أنه جاء رجل يقال له هزال بابن أخ له الى ابن مسعود رضي الله عنه وقال انه شرب الخمر وأقر به ابن أخيه فقال له ابن مسعود رضي الله عنه بشس والي النبي أنت لا أدبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ثم قال خذوه وتلاوه وضرضوه ثم استنكوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه فان قيل هذا استدلال بنفي الحكم عند عدم الشرط والتعليق بالشرط لا يوجب عدمه عند عدمه على أصلنا قلنا لا بل هذا استدلال بعدم الاجماع لان حد الشراب



على ما مر تقريره) أن الانسان لا يكون منهما بالنسبة الى نفسه (وعندهما لا يقيم الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على مار وينا) يعني قوله فان وجد ثم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة اجماع عليه الباقون وايضا كلام ابن مسعود شرطية تغيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام نفي الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا ولا و ايضا ذكر في أول الباب أنه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم لم من شرب الخمر فاجلدوه وقال ههنا انه ثابت باجماع الصحابة وهما متنافيان وايضا اشتراط الرائحة منافي لاطلاق قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه وقوله (وريجعها توجد منه) ظاهر قال (ومن سكر من النبيذ حد) النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيئا نقيس

ونبيذ فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أياما حتى تخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ أدنى طبخ فنادام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد بحرم وأما النبيذ فهو الذي من ماء الزبيب اذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه مادام حلوا فاذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الا تحرج شربه مادون السكر وعند محمد والشافعي لا يحل شربه وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والغضج والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه في قولهم مادام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد على أبي حنيفة وأبي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوى الا قدح السكر وقال محمد والشافعي لا يحل واذا غلا

على ما مر تقريره وعندهما لا يقيم الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على مار وينا (فان أخذه اليهود ورجعها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حتى قولهم جميعا) لان هذا غير كعب المسافة في حد الزنا والشاهد لا ينهم في مثله (ومن سكر من النبيذ حد) لما روي أن عمر أقام الحد على اعرابي سكر لا يبطل الاقرار بالتقادم اتفاقا (على ما مر تقريره) من أن البطلان للتمتع والانسان لا ينهم على نفسه (وعندهما لا يقيم الحد) على المقر بالشرب (الا) اذا أقر (عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة) رضى الله عنهم (ولا اجماع الا برأى ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على مار وينا) يعني أنه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه في غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشرط وأما اضافة ثبوته الى الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الخ فقبل لانه من الاحاد وعمله لا يثبت الحد والاجماع قطعي ولا يخفى أن هذا مذهب الكرخي فاما قول الجصاص وهو قول أبي يوسف فيثبت الحد بالاحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصنف يرى أنه لا يثبت به أشكل عليه جعله اياه وألا الاصل وان لم يره أشكل نسبية الاثبات الى الاجماع وانت علمت أنه انما ألزم قيامها عند الحد بالاقرار ولا يثبت بها وهو ظاهر ما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليبين في الرواية وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا أعظم عندي من القول أن يبطل الحد بالاقرار أو نأقيم عليه الحد وان جاء بعد أربعين عاما (قوله فان أخذه الشهود ورجعها توجد منه أو سكران) من غير هاور يجمع ذلك الشراب يوجد منه (ودهبوا به الى مصر فيه الامام) أو مكان بعيد (فانقطع ذلك) أي الرجح (قبل أن ينتهوا به) اليه (حتى قولهم جميعا) لان التأخير الى انقطاعها لعزو بعد المسافة فلا ينهم في هذا التأخير والاصل ان قومنا شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فعمله الى المدينة فاقام عليه الحد (قوله ومن سكر من النبيذ حد) فالحد انما يتعلق في غير الحرم

ثبت باجماع الصحابة رضى الله عنهم ولا اجماع الا برأى ابن مسعود رضى الله عنه وقد شرط قيام الرائحة فعند عدمها لا اجماع فلا يجد فان قيل ان لم يوجد الاجماع فقد وجد النص وهو قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه بلا قيد اشتراط الرائحة قلنا خص منه الشراب واضطراروا كراهة فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح ايجاب الحد (قوله ومن سكر من النبيذ) أي النبيذ الذي غلا واشتد فاسم النبيذ يقع على نبيذ التمر والزبيب فسادام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه مادام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد

في وجوب الحد وسيجيء بيانه في الاشربة وأما الكلام في حد السكر ومقداره فسيذكر ان شاء الله تعالى

(قوله ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود) أقول شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقل عن غيره خلافه فحل اجماع ويقرب منه ما ذكرنا في باب الشهادة على الشهادة في وجه الاستدلال بما روي عن علي رضى الله عنه على كفاية الاثنين في الشهادة على شهادة رجلين عندنا فراجع (قوله وايضا ذكر في أول الباب الخ) أقول ذكره في أول الباب ليس الا لكونه سند الاجماع الذي يثبت به الحد لالكونه مما يثبت به الحد ابتداء فانه لما كنت فيه الشبهة بالخصيص لم يحجز ايجاب الحد به وقوله والاصل فيه لا يبعد أن يكون منها على ما ذكرنا فليتبينه (قوله وايضا اشتراط الرائحة منافي لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه) أقول وجوابه انه خص منه الشراب واضطراروا كراهة فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح ايجاب الحد به كذا في السكاوي ويجوز أن يقال أيضا ما خص منه ما ذكر يجوز أن يخص ما زال رائحته بالقياس

من النبيذ وسنين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى

الابتذة بالسكر وفي الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الأئمة الثلاثة كل ما أسكر كثيره حرم قليله وحديثه لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر واهم مسلم فهذان مطالبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسمع أما السماع فتارة بالاستدلال على أن اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الأول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر زل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما في مسلم عنه عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفي رواية أحمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام وأما ما يقال من أن ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنب وفي الصحيحين من حديث أنس كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر وما شرابهم إلا القضيخ البسر والتمر وفي صحيح البخاري قول عمر رضي الله عنه الخمر ما خامر العقل وإذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الأشربة بنص القرآن وجوب الحد بالحديث الموجب بثبوته في الخمر لانه مسمى الخمر لكن هذه كلها محمولة على التشبيه بحدف أداته فشكل مسكر خمر كزبد أسد أي في حكمه وكذا الخمر من هاتين أو من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بما جاز تنزيلها منزلة في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية تقول السلطان هو فلان اذا كان فلان نافذا لكامة عند السلطان ويعمل بكلامه أي المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يراد إلا الحكم ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجهه في كل صفة فلا يلزم من هذه الأحاديث ثبوت الحد بالأشربة التي هي غير الخمر بل يصح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجلة اما قليلا وكثيرا أو كثيرها المسكر منها أو كون التشبيه خلاف الأصل يجب المصير إليه عند الدليل عليه وهو أن الثابت في اللغة (١) من تفسير الخمر بالنبيذ من ماء العنب اذا اشتد وهذا ما لا يشك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد بطول الكلام بابرادو يدل على أن الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رضي الله عنهما حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء أخرجه البخاري في الصحيح ومعلوم أنه إنما أراد ماء العنب لثبوت أنه كان بالمدينة غير هالما ثبت من قول أنس وما شرابهم يومئذ أي يوم حرمت إلا القضيخ البسر والتمر فعرف أن ما أطلق هو وغيره من الخمر لغيرها عليها هو هو كان على وجه التشبيه وأما الاستدلال بغير عموم الاسم لغته في ذلك ما روى أبو داود والترمذي من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وما أسكر الفرق منه فله الكف منه حرام وفي لفظ الترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي حديث حسن ور واه ابن حبان في صحيحه وأجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن أبي وقاص أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قليل ما أسكر كثيره أخرجه النسائي وابن حبان قال المنذرى لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو أحد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الفضالة بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الأشج عن عامر بن سعد بن أبي وقاص وقد احتج بهما الشيخان وحيث قد جواهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حله على ما به حصل السكر وهو القدح الأخير لان صريح هذه الروايات القليل وما أسند إلى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي أسكرت لك أخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحاج بن أوطاة وعمار بن مطر قال وإنما هو من قول إبراهيم يعني النخعي وأسند إلى ابن المبارك أنه ذكر له حديث ابن مسعود هذا فقال حديث باطل على أنه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما أسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روى عن ابن عباس من قوله حرمت الخمر بعينها قليلا وكثيرا هو المسكر من كل شراب فانه لم يسلم نعم هو من طريق جيدة هي عن أبي هرون عن ابن شداد عن ابن عباس حرمت الخمر بعينها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما أسكر من كل شراب قال وهذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا إنما فيه تحريم واشتد وقذف بالزبد على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وقول أبي يوسف رحمه الله الآخر يحصل شربه

(١) من تفسيره كذا في النسخ ولعل لفظ من زائد من النسخ كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البزاز في كتبه معجمه

أشرب المسكر وإذا كانت طريقه أقوى وجب أن يكون هو المعبر ولفظ السكر تصغير ثم لو ثبت ترجيح  
المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الإسماع  
أو بقياس فهم يقسمونه بجماع كونه مسكراً ولا يصح أن ينافيه منع خصوصاً وعموماً ما خصوصاً فاشنعوا أن حرمة الخمر  
معلقة بالأسكار وذكروا عنه عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر بعينها والسكر الخ وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس  
معناه أن علة الحرمة عينها بل إن عينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء  
لا باللام ولو كان كذلك المراد ما ذكرناه وهذا هو مراد المصنف بما ذكر في الأثر به من نفي تعليلها بالأسكار لأنه لم  
يذكره إلا نفي أن حرمة ما عقده بأسكارها أي لو كانت العلة الأسكار لم يثبت تحريم حتى تثبت العلة وهي الأسكار  
أو مغلطت من الكثير لأن حرمتها ليست معلقة أصلاً بل هي معلقة بأنه رقيق ملذم مطرب يدعو قليله إلى كثيره وإن  
كان القدوري مصر على منع التعليل أصلاً ونقض رحمه الله هذه العلة بأن الطعام الذي يضر كثيره لا يحرم  
قليله وإن كان يدعو إلى كثيره أسكن المصنف ذكر في كتاب الأثر به ما يفيد ما ذكرناه قال في جواب الحنف  
الشافعي حرمة المثلث العيني بالخمر وإنما يحرم قليله لأنه يدعو إلى كثيره رقة ولطافته والمثلث لفظه لا يدعو وهو  
في نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا أن اعتبار دعاية القليل إلى الكثير في الحرمة ليس إلا حرمة السكر في التحقيق  
الأسكار هو المحرم بإبلاغ الوجه لأنه الموقع للعداوة والبغضاء والصدع ذكر الله وعن الصلاة وأمين المفسد  
من القتل وغيره كما أشار النص إلى علته ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لأن الحد  
لا يثبت بالقياس عندهم وهو ما ذكرنا من المنع على العموم وأذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر  
ولكن ثبت بالسكر منه بأحاديث منها ما قدمناه من حديث أبي هريرة فاذا سكر فاجلدوه الحديث فلو ثبت به  
حل مالم يسكر لكان بفهم الشرط وهو منتف عندهم ذو جبهه ليس الاثبات بالسكر ثم يجب أن يحمل  
على السكر من غير الخمر لأن حله على الأعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكر لأن في الخمر يجد القليل منها بل  
يؤهم عدم التقييد بغيرها أنه لا يحد منها حتى يسكر وإذا وجب حله على غير هاتين الحدين متبعاً عند عدم السكر  
به بالأصل حتى يثبت ما يخبر به عنه ومنها ما روى الدارقطني في سننه أن أعرابياً شرب من أداة عمر بن عبد  
فسكر به فحضر به الحد فقال الأعرابي انما شربته من ادوتك فقال عمر انما جلدناك على السكر وهو ضعيف  
بسعيد بن ذى العوة ضعف وفيه جهالة وروى ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن  
حسان بن محارق قال بلغني أن عمر بن الخطاب سار برجالاً في سفر وكان صائماً فلما أفطر أهوى إلى قرية لعمر  
معلقة فمأنيذ فسكر به فسكر فحضر به عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر انما جلدناك لسكرك  
وفيه بلاغ وهو عندى انقطاع وأخرج الدارقطني عن (١) عمران بن داود عن خالد بن دينار عن أبي اسحق عن  
ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد سكر من نبيذ تمر فجلده وعمران بن داود يفتخ الواق فيه مقال  
وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي أن رجلاً شرب من أداة على رضى الله  
عنه بصفين فسكر فحضر به الحد ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجاهد عن الشعبي  
عن علي بن عوف وقال فحضر به ثمانين وروى ابن أبي شيبة حدثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن أبي هرون عن عبد  
الله بن شداد عن ابن عباس قال في السكر من النبيذ ثمانون فهذه وإن ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقية إلى  
الحسن مع أن الإجماع على الحد بالكثير فإن الخلاف انما هو في الحد بالقليل غير أن هذه الأدلة كما ترى  
لا تفصل بين نبيذ ونبيذ المصنف قيد وجوب الحد بقوله (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه  
طوعاً وإلزاماً من السكر من المباح لا يوجب الحد) فقد ذكرنا أن ما يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحمل شربه عند  
أي حنيفة يعني إذا شرب منها من غير أهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عند ولا يقع طلاقه إذا طلق وهو  
سكران منها كالنائم الآن المصنف في كتاب الأثر به قال وهل يحد في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه قيل  
لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا الأصح أنه يحد فانه روى عن رفين سكر من الأثر به أنه يحد من غير

مادون السكر وعند محمد والشافعي رحمه الله لا يحد

(١) عمران بن داود هكذا  
هو في بعض النسخ داود  
بالالف قبل الواو المفتوحة  
ومثله في خلاصة أسماء  
الرجال وما وقع في بعض  
النسخ من تقديم الواو على  
الالف تحريف فليعلم كتبه

وقوله (ولا حدى على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) يعنى اذ لم يشاهد منه الشرب (لان الرائحة محتملة) فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتميز بين الراغح يمكن للمستدل أجيب بان الاحتمال فى نفس الراغح قبل الاستدلال والتميز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء أو التميز يمكن لمن عاين (٨٢) الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه وأقول والجواب الثانى أحسن لاشتماله على تفسير

(ولا حدى على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه أو اضطرار (ولا يحسد السكران حتى يعلم أنه سكر من التمييز وشربه طوعا) لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبيع ولبن الرمال وكذا شرب المكروه لا يوجب الحد

تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الابان اذا اشتد فهو على هذا اه وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنالان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز بن عن أبي حنيفة وسفيان أنهم ماسئلوا في شرب البعج فارتفع الرأس وطلق امرأته هل يقع؟ قالان كان يعلم حين شربه ما هو يقع (قوله ولا حدى على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) لان الرائحة محتملة فلا يثبت بالاحتمال ما يندرى بالشبهات (وكذا الشرب قد يكون عن اكراه) فوجوده فيها فى التقي لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بالاموجب وأورد عليه أنه قال من قرىب والتميز بين الراغح يمكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس قال المورود وتكفى بعضهم فى توجيهه بربده صاحب النهاية بان الاحتمال فى نفس الراغح قبل الاستدلال والتميز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولعائل أن يقول اذا كان التميز يحصل بالاستدلال فاذا استدلى على الوجه المذكور فى هذه الصورة يرتفع الاحتمال فى الرائحة فينبغى أن يحد حينئذ ولم يقل به أحد ونقل أيضا عنه أن التميز لمن يعاينه ونظيره بان من عاين الشرب يبنى على يقين لا على استدلال وتخمين وصاحب الهداية أثبت التميز فى صورة الاستدلال لا فى صورة العيان اه فبقى الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشرب بجاز كونه غير الخمر فيستدل على أنه خمر بالرائحة فيكون المصنف جعل التميز يفيد الاستدلال لا ينافى حالة العيان أى عيان الشرب ثم لا شك ان كون الشيء محتملا لا ينافى أن يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز أن يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التميز بالاستدلال ولا شك أن المنظور اليه والمقصود فى الموضوعين ثبوت طريق الدلالة أما الموضوع الثانى وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقوى فظاهر وطريقه أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدلى عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها وأما فى الموضوع الاول فلا شك ان فى اثبات اشتراط عدم التقدم لقبول البيضة والاقرار درأ كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق السكان للدرء الباهتبار امكن تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التميز بالاجتهاد فى الاستدلال وان كان ملازما للشبهة النفى ليمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التميز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما فى أزمنة كثيرة متأخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وضحت طريقه مع شبهة الاحتمال فظهر ان كلاما صحيح

(قوله لان الرائحة محتملة) فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله أن التميز بين الراغح يمكن للمستدل قلنا التفسير يمكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه ونقول الاحتمال فى نفس الراغح قبل الاستدلال والتميز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء (قوله لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبيع) وفى الجامع الصغير للامام المحبوى رحمه الله وعن أبي حنيفة رحمه الله من زال عقله بالبيع ان لم يعلم أنه بيع حين أنكل يقع طلاقه وعناقه وان لم يعلم لا يقع

المستدل فانه يدل على أن المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس معه ذلك ويحوز أن يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله (وكذا الشرب قد يقع عن اكراه أو اضطرار) على قولهما (ولا يحسد السكران حتى يعلم أنه سكر من التمييز وشربه طوعا) لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبيع ولبن الرمال) والذى ذكره من أباحة البيع موافق لعامة الكتب خلا رواية الجامع الصغير للامام المحبوى فانه استدلى على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالخلفة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر من البيع حرام مع أنه ما كثر فن الشرب أولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس يصح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوى ندل على أن السكر الحاصل من البيع حرام لا على أن البيع حرام

(قوله فان قيل الخ) أقول السؤال مسع الجواب فى النهاية (قوله والتميز بعد

الاستدلال على وجه الاستقصاء) أقول وليس الاستقصاء مأمورا فى الحدود وما اذا شهدوا على الشرب ولا فيجوز الاستقصاء صونا للجمعة الشرعية من البطلان كما سبق فظهر فى باب الشهادة على الزنا وكذا الحال فى الاقرار به حصل الجواب عما أورد، الاتقانى (قوله وأقول والجواب الثانى أحسن الى قوله على مذهب محمد) أقول فيجوز على الاتقانى (قال المصنف لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبيع ولبن الرمال) أقول سيجب من المصنف فى كتاب الاشربة أن الاصح أنه يحد فيما يقع من الحبوب والعسل

ولا يحد حتى يزول عنه السكر) تحصيل المقصود الانزجار (وحد الخمر والسكر في الحرث ثمانون سوطا) لاجماع الصحابة رضي الله عنهم

في موضعه فدره الحد في مجرد الرخصة والقي لا احتمال وردت الشهادة بلا رخصة اذ لا يمكن التمييز الامع الاحتمال (قوله ولا يحد) السكران (حتى يزول عنه السكر تحصيل المقصود الانزجار) وهذا لاجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح يخفف الالم حتى حتى ان بعض المتصابين استدعوا انسانا ليضخكو عليه به انحلاط ثقيله لئلا يركبته لايقلها ما لا بكافة ومشقة فاما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين بما زحاح ليس يصحج والافضع هذه الجرة على ركبته فاقدم ووضعها حتى اكلت ما هناك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طغثت اوازالها بعض الحاضرين من الشك منى فلما افاق وجد ما به من جراحة النار البالغة وورث ركبته ومكث به امددا الى ان برأت فعادت بذلك السكى البالغ في غاية الصحة والنظافة من الانحلاط وصار يقول باليتها كانت في الركبتين ثم لم يستطع أصلا في حال صحوة أن يفعل مثل ذلك بالآخرى ليستريح من ألمها ومنظرها واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فثبته الاحال الصحو وناخير الحد لعذر جائز (قوله وحد الخمر والسكر) أي من غير هار ثمانون سوطا) وهو قول مالك وأحمد وفي رواية عن أحمد وهو قول الشافعي أو يعون الآن الامام لورأي أن يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المصنف على تعيين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كانوا في الشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرأة أبي بكر وصدر من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا وناعلنا وأردقنا حتى كان آخر امرأة عمر فجلدوا بعين حتى اذا دعوا أو فسقوا جلد ثمانين وأخرج مسلم عن أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجر يدوالنعال ثم جلد أبو بكر أربعين فلما كان عمر وذنا الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف أرى أن نجعله ثمانين كأخف الحدود قال فجلد عمر ثمانين وفي الموطن أن عمر استشار في الخمر بشر بها الرجل فقال له علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه نرى أن نجعله ثمانين فإنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المغترى ثمانون وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي وعبد الرحمن بن عوف أشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصر على هذا ومرة على هذا وأخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالابدي والنعال والعصى حتى توفي فكان أبو بكر يجلدهم أربعين حتى توفي الى أن قال فقال عمر ماذا ترون فقال علي رضي الله عنه اذا شرب الخمر وروى مسلم عن أنس قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فصره بيجر يدين نحو الاربعين وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف أخف الحدود ثمانون فامر به عمر فبكر يدين متعاقبتين بان انكسرت واحدة فاحذت أخرى والافهـى ثمانون ويكون مما ارأى عليه الصلاة والسلام في ذلك الرجل وقول الراوى بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك فان حاصله أنه استشارهم فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى اليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الآن قوله وفعله أبو بكر يبعده والازم أن أبكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد أن عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف أبي بكر والله أعلم وقد أخرج البخاري ومسلم عن علي رضي الله عنه أنه قال ما كنت أقيم على أحد حدا فموت فيه فاجد منه في نفسي الا صاحب الخمر فإنه ان مات ودته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عدد معيننا والا فاعلم قطعاً أنه أمر بضربه فهذه الاحاديث تفيد أنه لم يكن مقدرا في زمنه عليه الصلاة والسلام بعدد معين ثم قدره أبو بكر وعمر بأربعين

(قوله وحد الخمر والسكر) أي من غير الخمر فان وجوب الحد في الخمر غير موقوف الى وجود السكر بل يجب الحد بشرب قطرة منها كذا ذكره الامام الترمذي رحمه الله (قوله لاجماع الصحابة رضي الله عنهم) روى أن الصحابة تشاوروا في حد الخمر فقال كل واحد منهم ما بداله فقال علي رضي الله عنه اذا سكر هذى واذا هذى افترى

وكلام المصنف يدل على أن  
البيع مباح ولا تنافي بينهما  
(وحد الخمر) وحد  
(السكر) من غير الخمر (في  
الحرث ثمانون سوطا) لاجماع  
الصحابة رضي الله عنهم

(قوله وكلام المصنف يدل  
على أن البيع مباح الخ)  
أقول النبد أيضاً مباح فما  
الفرق الآن يقال مراده  
بالمباح ما أجمعوا على اباحته  
وليس النبد كذلك

يفرق على بدنه كافي حد الزنا على ما مر فيه أنه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج (ثم يجرد) عن ثيابه (في المشهور من الرواية) عن محمد أنه لا يجرد عن ثيابه اظهار التخفيف لانه لم يرد به أي بالحد (نص) قاطع أو بالتجريد (ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة) يعني من حيث العدد حيث لم يجعله مائة كافي الزنا (٨٤) (فلا يعتبر نانيا) وفيه بحث من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجمعين التصرف في

المقدورات الشرعية والثاني أن الثمانين تقليد لا تخفيف لانه روي أنهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكام وبالابدى وغير ذلك ثم جلد أبو بكر أربعين ثم جلد عمر أربعين والتقدير بعد ذلك ثمانين تغليظا لتخفيف والجواب أن قوله أنا أظهرنا التخفيف كلام من لسان المجتهدين والتخفيف إنما هو باعتبار أن الله تعالى جازله أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا إذ هو القاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه ولما جعله الصابة معتبرا بعد المغتر من ظهر التخفيف فلم يقدروا بشيء وإنما أظهرنا التخفيف الذي كان ثابتا بترك التنصيص واليه أشار بقوله أظهرنا التخفيف والله دراهم فهو قوله (ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بغضتين وهو عصير الرطب إذا اشتد وقيل السكر كل

ثم أتوا على ثمانين وإنما جاز لهم أن يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعيينه لعلمهم بأنه عليه الصلاة والسلام انتهى إلى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم أروا أهل الزمان تغيروا إلى نحوه أو أكثر على ما تقدم من قول السائب حتى إذا اعتوا وفسقوا وعلموا أن الزمان كلما تآخر كان فساد أهله أكثر فكان ما جعلوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام في أمثالهم وأما ما روي من جلد على أربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقائبي قال شهدت عثمان بن عفان رضي الله عنه وقد أتى بالوليدين عقبة فشهد عليه جرار ورجل آخر فشهد أنه رآه يشرب بها وشهد الآخر أنه رآه يتقيوها فقال عثمان أنه لم يتقيها حتى شربها فقال لعلي أقم عليه الحد فقال علي للحسن أقم عليه الحد فقال ول جارها من تولى فأروها فقال علي لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد فأخذ السوط وجلده وعلى بعد إلى أن بلغ أربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب إلى (قوله يفرق الضرب على بدنه كافي حد الزنا) ونقل من قول ابن مسعود رضي الله عنه للضارب أعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والرأس والفرج وعند أبي يوسف يضرب الرأس أيضا وتقدم (قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية) وعن محمد أنه لا يجرد اظهار التخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور أنا أظهرنا أي الشرع أظهر (التخفيف مرة) بنقصان العدد (فلا يعتبر نانيا) بعدم التجريد والقارب المقصود من الاتجار الغوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفهما الروث والخني للضرورة قلنا الضرورة قد أثرت في النعال مرة فتسكني مؤنتها أي فلا تخفف مرة أخرى وله ضده في الصلاة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولأن السفرة قد أثرت في إسقاط شطر الصلاة فلان يؤثر في تخفيف القراءة أولى وتقدم هناك الجمع بينهما وبين ما في الطهارة أن لا ملازمة بين نفي التخفيف نانيا ووجوده أولا من حيث هو وجوده والمقول عليه في كل موضع الدليل وعدمه (قوله وان كان عبدا فخذ أربعين) يعني ما عرف من أن الرق مؤثر في تنصيف النعسة والعقوبة فإذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا ان حد العبد أربعين ومن قال حد الحر أربعين قال حد العبد عشرين (قوله ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بغضتين وهو عصير الرطب إذا اشتد (ثم رجح لم يحد لانه خالص حق الله تعالى) ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا وحد المغتر من في كتاب الله تعالى ثمانون سوطا فاحسبوا وتفقوا على ذلك فصار اجاعا فان قيل استدلال على رضي الله عنه بتأني في حد السكر ما في الخمر كيف يستدل به والحد لم يتعلق بالسكر منه قلنا في الخبر يدعو قليله إلى كثيره فكان سببا للسكر غالبا وقيل ما من طعام وشرب الا وله في الابتداء تزييد على لذته في الانتهاء الانجرافان اللذة لشاربها تزداد بالاكثر منها ولهذا يزداد حرصه على شربها إذا أصاب منها شيا (قوله لانه لم يرد به نص) أي نص قاطع (قوله أنا أظهرنا التخفيف مرة) أي من حيث العدد لم يجعله مائة كافي حد الزنا مع أن الالحاق به أولى لان دليل كل واحد منهما قاطع فلا يعتبر نانيا أي فلا تخفف نانيا من حيث الصفة بترك التجريد بل يجرد (قوله ومن أقر بشرب الخمر والسكر) في النهاية بغضتين عصير الرطب إذا اشتد هو في

قوله عن لسان المجمعين) أقول الاجاع لا ينسخه فكيف يستقيم الاجماع على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله فلم) (ويثبت بقدر واثني) أقول أي من عند أنفسهم (قال المصنف ومن أقر بشرب الخمر والسكر) أقول والسكر بغضتين نقيع التمر إذا غلوم بطبخ كذا فسر الناطقي في الاجناس وقال في الجهرة والسكر كل شراب أسكر وفي ديوان الادب السكر نخر النبيذ وقال في الجمل السكر شراب وقال في المغرب السكر عصير العنب إذا اشتد والمراد هنا قال الناطقي كذا في غاية البيان وقال وإنما خصه بالذكرة مع أن الحكم في سائر الاشربة المحرمة كذلك

شراب مسكر (ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة) (٨٥) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف

وزفر يثبت باقراره شرين في مجلسين اعتبار العدد الاقرار بعدد الشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة رنينها هناك ان شاء الله تعالى) قال (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) في حد الشرب أيضا (لان فيها شبهة البدلية ونهجة الضلال والنسيان) يشير الى ذلك كله قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله أن تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استسناد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استسناد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (والسكران الذي يحدهم الذي لا يعقل منطقاً قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا لفظ الجامع المصنف وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وقالوا الذي يهذى ويختلط كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيماً

الاصل مصدر سكر من الشرب سكر وسكراً وفي المستصفي في قوله ومن أقرب بشراب الخمر أو السكر بفتحين هو السماع وهو عصب الرطب اذا اشتد ولم يرد به هذا الخاص بل المراد به سائر المسكرات التي توجب الخمر وانما خصه لانه الغالب في بلادهم وجاز أن يراد به السكر وعلى التقديرين لا بد من الاضمار فان مجرد الاقرار بالسكر لا يجب الحد ما لم يقل انه سكر من الاشربة المحرمة وكذا بمجرد الاقرار بشرب السكر لا يجب الحد ما لم يوجد السكر (قوله لان فيها شبهة البدلية) لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله تعالى أن تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استسناد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استسناد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (قوله والسكران الذي يحدهم) أي السكران الذي سكر بشرب غير الخمر من الاثربة المحرمة فان في شرب الخمر لا يتوقف وجوب الحد على وجود السكر ثم قوله والسكران الذي يحدهم الذي لا يعقل منطقاً قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا لفظ الجامع المصنف وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وقالوا الذي يهذى ويختلط كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيماً

حجب بهم رجوعه لانه الغالب في بلادهم (قال المصنف وقال هو الذي يهذى الى قوله لانه هو السكران في عرف) أقول قوله لانه الخ

(ويثبت الشرب بشهادة شاهدين) يثبت بالاقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنينها هناك ان شاء الله (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لان فيها شبهة البدلية ونهجة الضلال والنسيان والسكران الذي يحدهم الذي لا يعقل منطقاً قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة) قال العبد الضعيف (وهذا عند أبي حنيفة وقالوا هو الذي يهذى ويختلط كلامه)

يصح ضم سينه لان اقراره بالسكر من غير الخمر اما في حال سكره فلا يعتبر اقرار السكران كما سيأتي أو بعده ولا يعتبر للتقدم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه (قوله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين وقوله (سنيينها هناك) أي سنين هذه المسئلة في الشهادات (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم في ذلك خلافاً (لان فيها) أي في شهادة النساء (شبهة البدلية) لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتربرا عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقة بالاجماع لانهما لو شهدتا مع رجل مع امكان رجلين مع اجماع (و) فيه (نهيضة الضلال) لقوله تعالى ان تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى في الكشف أن تضل أي لا تهتدي للشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احدهما الاخرى أي تزيل نسيانها (قوله والسكران الذي يحدهم) سكره من غير الخمر عند أبي حنيفة (هو الذي لا يعقل منطقاً قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة) زاد في القوائد الظهري ولا الارض من السماء (وقالوا الذي يهذى ويختلط) وبه قال الاثمة الثلاثة ولم يذكروا الخلاف في الجامع الصغير كره المصنف والمراد أن يكون غالب كلامه هذياناً فان كان نصفه مستقيماً فليس بسكران فيكون

الاصل مصدر سكر من الشرب سكر وسكراً وفي المستصفي في قوله ومن أقرب بشراب الخمر أو السكر بفتحين هو السماع وهو عصب الرطب اذا اشتد ولم يرد به هذا الخاص بل المراد به سائر المسكرات التي توجب الخمر وانما خصه لانه الغالب في بلادهم وجاز أن يراد به السكر وعلى التقديرين لا بد من الاضمار فان مجرد الاقرار بالسكر لا يجب الحد ما لم يقل انه سكر من الاشربة المحرمة وكذا بمجرد الاقرار بشرب السكر لا يجب الحد ما لم يوجد السكر (قوله لان فيها شبهة البدلية) لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله تعالى أن تضل احدهما فتذكر احدهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استسناد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استسناد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (قوله والسكران الذي يحدهم) أي السكران الذي سكر بشرب غير الخمر من الاثربة المحرمة فان في شرب الخمر لا يتوقف وجوب الحد على وجود السكر ثم قوله والسكران الذي يحدهم الذي لا يعقل منطقاً قليلاً ولا كثيراً ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا لفظ الجامع المصنف وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وقالوا الذي يهذى ويختلط كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيماً

السكران في عرف) أقول قوله لانه الخ



فليس يسكران (لأنه السكران في العرف والنية) أي إلى قولهما (مال أكثر المشايخ) وعن ابن الوليد قال سألت أبا يوسف عن السكران الذي يجب عليه الحد قال أن يستقر أقل بأيهما (٨٦) الكافرون ولا يقدر عليه فقلت له كيف عينت هذه السورة وما أخطأ فيها الصاحي

قال لأن تحرم الخمر زل فبين شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي أن أئمة بلغ اتفقوا على استقرار هذه السورة (ولابي حنيفة أن الحدود يؤخذ في أسبابها بأقاصها در الحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شئ وشئ ومادون ذلك لا يعبر عن شبهة الصحو والمعتبر في القدرح المسكر في حق الحرمة ما قاله بالاجماع أخذوا بالاحتياط

حكمه حكم الصحابة في إقراره بالحدود وغير ذلك لأن السكران في العرف من اختلط كلامه جده به زله فلا يستقر على شئ (والسبب مال أكثر المشايخ) واختاروه للفتوى لأن المتعارف إذا كان به مذى يسمى سكران وتايد بقول علي إذا سكر هذى (ولابي حنيفة أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقاصها در) بدليل الإلزام في شهادة الزنا أن يقول كالليل في المكحلة وفي السرقة بالاحتياط من الحرز التام لأن فيه ما دون ذلك شبهة الصحو فيندري الحد وأما في ثبوت الحرمة فبالاحتياط في أمر الحد وفي الحرمة وانما الاختار والفتوى قولهما الضعيف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ في أسباب الحدود بأقاصها فقد سلم أن السكران يتحقق قبل الحالة التي عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما ينطبق في الدليل الذي أثبت حد السكر بكل ما يسمى سكرًا لا بالمرتبة الأخيرة منه على أن الحالة التي ذكر قبلها يصل إليها سكران فيؤدي إلى عدم الحد بالسكر وروى بشر عن أبي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا أيها الكافرون ولا شك أن المراد منه يحفظ القرآن أو كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدري شيئاً أصلاً قال بشر فقلت لأبي يوسف كيف أمرت به من بين السور فربما يخطئ فيها العاقل الصاحي قال لأن الله بين أن الذي يحجز عن قراءته سكران يعني به ما في الترمذي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاماً فدعا نافعاً كلنا وسقنا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت كل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون قال فانزل الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي أن يقول على هذا بل ولا يعتبر به فإنه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فإنه ليس كل سكران إذا قبل له أقر أقل يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئاً فيبذلها إلى الكافر ولا ينبغي أن يلزم أحد بطريق ذي كراهة ما هو كافر وإن لم يؤخذ به نعم لو عيّن طريقاً يقال إقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فإن معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم هي ما ذكرنا قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لمن لم يحسنها لاوجب فصر المهر فله وقوله (ومادون ذلك لا يعبر عن شبهة الصحو) ممنوع بل إذا حكم العرف واللغة بأنه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بأنه سكران بلا شبهة وهو ما معناه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في أنه سكران وإذا كان سكران بلا شبهة حد ما اعتبر ثبوت الشهادة في سكره في نفي الحد لا ثبوت شبهة صحو وعرف مما ذكرنا من استدلال أبي حنيفة رضي الله عنه به الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منقطعاً الخ غريب في الخطأ لأنها في علي وأصحابه ولم يصل سكرهم إلى ذلك الحد كما علمت من أنهم أدر كوا الوجب وقاموا للإسقاط وجعلهم سكارى فهي تغيد ضد قوله وأما قوله تعالى حتى تعلموا الآية فإنه أطلق لهم الصلاة حتى يصحوا كل الصوابان يعلموا جميع ما يقولون خشية أن يبدلوا بعض ما يقولون وليس فيه أن من مراتب السكر كذا وكذا بل أن من وصل إلى ذلك الحد الذي كانوا فيه سكران وكون المقدار الذي هو سبب لعدم ما هو

قال لأن تحرم الخمر زل فبين شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكي أن أئمة بلغ اتفقوا على استقرار هذه السورة (ولابي حنيفة أن الحدود يؤخذ في أسبابها بأقاصها در الحد ونهاية السكران يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شئ وشئ ومادون ذلك لا يعبر عن شبهة الصحو والمعتبر في القدرح المسكر في حق الحرمة ما قاله بالاجماع أخذوا بالاحتياط حكمه حكم الصحابة في إقراره بالحدود وغير ذلك لأن السكران في العرف من اختلط كلامه جده به زله فلا يستقر على شئ (والسبب مال أكثر المشايخ) واختاروه للفتوى لأن المتعارف إذا كان به مذى يسمى سكران وتايد بقول علي إذا سكر هذى (ولابي حنيفة أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقاصها در) بدليل الإلزام في شهادة الزنا أن يقول كالليل في المكحلة وفي السرقة بالاحتياط من الحرز التام لأن فيه ما دون ذلك شبهة الصحو فيندري الحد وأما في ثبوت الحرمة فبالاحتياط في أمر الحد وفي الحرمة وانما الاختار والفتوى قولهما الضعيف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ في أسباب الحدود بأقاصها فقد سلم أن السكران يتحقق قبل الحالة التي عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما ينطبق في الدليل الذي أثبت حد السكر بكل ما يسمى سكرًا لا بالمرتبة الأخيرة منه على أن الحالة التي ذكر قبلها يصل إليها سكران فيؤدي إلى عدم الحد بالسكر وروى بشر عن أبي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا أيها الكافرون ولا شك أن المراد منه يحفظ القرآن أو كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدري شيئاً أصلاً قال بشر فقلت لأبي يوسف كيف أمرت به من بين السور فربما يخطئ فيها العاقل الصاحي قال لأن الله بين أن الذي يحجز عن قراءته سكران يعني به ما في الترمذي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاماً فدعا نافعاً كلنا وسقنا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت كل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون قال فانزل الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي أن يقول على هذا بل ولا يعتبر به فإنه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فإنه ليس كل سكران إذا قبل له أقر أقل يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئاً فيبذلها إلى الكافر ولا ينبغي أن يلزم أحد بطريق ذي كراهة ما هو كافر وإن لم يؤخذ به نعم لو عيّن طريقاً يقال إقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فإن معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم هي ما ذكرنا قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لمن لم يحسنها لاوجب فصر المهر فله وقوله (ومادون ذلك لا يعبر عن شبهة الصحو) ممنوع بل إذا حكم العرف واللغة بأنه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بأنه سكران بلا شبهة وهو ما معناه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في أنه سكران وإذا كان سكران بلا شبهة حد ما اعتبر ثبوت الشهادة في سكره في نفي الحد لا ثبوت شبهة صحو وعرف مما ذكرنا من استدلال أبي حنيفة رضي الله عنه به الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منقطعاً الخ غريب في الخطأ لأنها في علي وأصحابه ولم يصل سكرهم إلى ذلك الحد كما علمت من أنهم أدر كوا الوجب وقاموا للإسقاط وجعلهم سكارى فهي تغيد ضد قوله وأما قوله تعالى حتى تعلموا الآية فإنه أطلق لهم الصلاة حتى يصحوا كل الصوابان يعلموا جميع ما يقولون خشية أن يبدلوا بعض ما يقولون وليس فيه أن من مراتب السكر كذا وكذا بل أن من وصل إلى ذلك الحد الذي كانوا فيه سكران وكون المقدار الذي هو سبب لعدم ما هو في حد السكر كان ممنوعاً عن الأعلى فيسه وهو ما قاله أبو حنيفة وقوله (وهذا) أي ظهوره في مشيته (ما يختلف) فإن السكران ربما لا يبايل في مشيته والصاحي بما يزلق أو يعثر في مشيته فيرى التبايل منه فلا يكون دليلاً

الهديان (قوله ومادون ذلك لا يعبر عن شبهة الصحو) يعني أنه إذا كان يميز بين الأشياء عرفاً أنه مستعمل لعقله مع ما به من السرور فلا يكون ذلك نهاية السكر وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندري بالشبهات (قوله والمعتبر في القدرح المسكر في حق الحرمة ما قاله بالاجماع) وهو قوله هو الذي به مذى ويختلط كلامه أخذوا بالاحتياط لأنه لما اعتقد حرمة القدرح الذي يلزم منه الهديان واختلط الكلام بمنع عنه فلما امتنع عنه وهو

والشافعي

لا يبايل في مشيته والصاحي بما يزلق أو يعثر في مشيته فيرى التبايل منه فلا يكون دليلاً

(قوله أن يستقر) أقول أي ذوان يستقرأ (قوله قال لأن تحريم الخمر زل الخ) أقول الآية التي نزلت فيه هي قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى وليس فيه تحريم الخمر والتفصيل في كتب التفسير والاطهر أن يقال لأنه تعالى جعل الذي يحجز عن قراءة هذه السورة سكران

وقوله (ولا يحسد السكران باقراره على نفسه) يعني في الحدود والخالصة حقه الله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان الاقرار خبر بمجهول الكذب فاذا صدر من سكران مهذورا زاد احتمالاه (فيحتمل لغيره لانه خالص) (٨٧) حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه

حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه) باجتماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحده المقربين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره

(قال المصنف ولا يحسد السكران باقراره على نفسه) أقول قال صاحب النهاية أي في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة ولكن يضمن المسروق كذا في جامع العتاي وقال صاحب النهاية ذكرك الامام الترمذاني ولا يحسد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقة لانه اذا صحا ورجع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لانه لا فائدة في التأخير لانه لا يملك الرجوع لانهم امن حقوق العباد فاشبه الاقرار بالمال والطلاق والعتاق اه ولا يخفى عليك أن قوله لانه لا فائدة في التأخير الخ محل بحث وفي معراج النواية بخلاف حد القذف فانه

والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره (ولا يحسد السكران باقراره على نفسه) لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتمل لغيره لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه

لا تعرض له بوجوه قول المصنف (والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركته وأطرافه) يفيد أن المراد من الاجماع في قوله والمعتبر في القدر المسكر ما قاله بالاجماع الاجماع المذهبي والالم يكن للشافعي قول آخر بخلاف قولهما واعتضه شارح بانه قلده في غير الاسلام وفيه نظر فان الشافعي وجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنب وان قل ولا يعتبر السكر أصلا ولا يخفى أنه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تعديده السكر ما هو اعتقاد الناقل أن الشافعي يحسد بالسكر بل الحاصل أنه لما قال يحسد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عنهم ما وعن الشافعي ومفصلا عن الامام أي هو باعتبار اقتضائه الحد هو أقصاه وباعتبار مجرّد الحرمة هو ما ذكرتم وجاز أن يكون بعض من فسر السكر يحسد بالسكر وانما فسره باعتبار آخر كان حلف بطلاق أو عتاق لبشر حتى يسكر فحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم أبطله بان هذا يتفاوت أي لا ينضبط فكيف من صاحي يتمايل ويزلق في مشيته وسكران ثابت وما لا ينضبط لا ينضبط به ولان الذي وقع في كلامه على رضي الله عنه بحضرة الصحابة اعتبار بالاقوال لا بالمشي حيث قال اذا سكر هذى الخ (قوله ولا يحسد السكران باقراره على نفسه) أي بالحدود والخالصة حقه الله تعالى كذا الزنا والشرب والسرقة لانه يضمن المسروق وقيد بالاقرار لانه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقة بعد الصحو يقطع وانما لا يعتبر اقراره في حقوق الله تعالى لانه يصح رجوعه عنه ومن العسالم أن السكران لا يثبت على شيء وذلك الاقرار من الاشياء والاقوال التي يقولها فهو محكوم بانه لا يثبت عليه ويلزمه الحكم بعد ساعة بانه رجوع عنه هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على نفسه مجونا وتنهكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيسدرى عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فانه مؤاخذ به لان غاية الامر أن يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذي ينبغي أن يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول أبي حنيفة قوله ما فينفقون فيه كما تنفقوا عليه في التهريم لانه أدر بالحدود منه لو اعتبر قوله فيه في ايجاب الحدود بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد (والسكران كالصاحي) فيما فيه حقوق العباد (عقوبة عليه) لانه أدخل الاقعة على نفسه فاذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر ويتبع أن يكون معناه أنه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة أو مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الاثربة المباحة والا فبمجرد سكره لا يحسد باقراره بالسكر وكذا يؤاخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال

الادني في حد السكر كان ممنعا من الاعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة فترجمه الله في حده (قوله وهذا مما يتفاوت) أي ظهور الأثر في المشية مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل في مشيته والصاحي بما يزلق أو يعثر فيرى التمايل منه فلم ينض ظهور الأثر لئلا على السكر (قوله ولا يحسد السكران باقراره على نفسه) أي في الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة فاما في الحد الذي فيه حق العبد كحد القذف فانه يحسد باقراره وان كان اقراره في حال سكره وذكر الامام قاضيان رحمه الله ويؤخذ باقراره فيما سوى الحدود والخالصة لله تعالى من الحقوق والحدود الواجبة للعباد كحد القذف عرف ذلك باجتماع الصحابة رضي الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحده المقربين ثمانون سوطا فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف حقا للعبد فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره ذكر في الذخيرة وهذا في الاقرار وأما إذا زنى أو سرق حال سكره يحسد به بخلاف الاقرار به في حال السكر حيث لا يحسد لان الاقرار

بحبس حتى يصحو ثم يحسد للقذف ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ثم يحسد للسكر ذكره في المسوط اه وفي معراج النواية قيد بالاقرار لانه لو زنى وسرق في حال السكر يحسد بعد الصبح بخلاف الاقرار كذا في الذخيرة اه

كفى سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امر أنه لان السكر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله اعلم

والطلاق والعناق وغيرهما لانهم لا تقبل الرجوع (قوله ولو ارتد السكران لا تبين منه امر أنه لان السكر من باب الاعتقاد) أو الاستخفاف و باعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهم ما فرغ قيام الادراك وهذا يقتضى أن السكران الذى لا تبين امر أنه هو الذى لا يعقل منطقاً كقول أبي حنيفة في حده والظاهر أنه كقولهم ما ولدنا لم ينقل خلاف في أنه لا يحكم بكفر السكران بشكاه مع أنهم ما لم يفسر السكران بغير ما تقدم عنهما فوجه أن أبا حنيفة إنما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطاً للدرا الحد ولا شك أنه يجب أن يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسئلة وجوه كثيرة فوجب التكفير ووجه واحد من على المعنى أن يعمل اليه و يبنى عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم رده بالتكلم بما هو كافر أقصى السكران احتياطاً للتكفير لانه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان في الواقع قصد أن يتكلم به ذا كرا المعناه ككفره والا فلا فان قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر رده فأنما حتى مخاطبه في حال سكره وذلك لان قوله تعالى لا تقر بوالصلاة وأنتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بان لا يقربها كذلك والالجاز له قربانها وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة أصلا فهو مخاطب بالصاحي أن لا يقربها اذا سكر فلا مثقال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل ذلك شئ ما ولا كالتأثم وهو معنى كونه مخاطباً حال السكر ولا شك أن تحقق الخطاب عليه ولا ذلك ليس الا عقوبة اذا تزمه الاحكام ولا علم بما يصدر منه فاعتبار دونه زلثافي حق الردة حتى لا يكفر حيث لا عدم الاعتقاد والاستخفاف اعتباراً بخلاف اعتبار الشرع في حقه قلنا ثبت من الشرع ما يقتضى أنه بعد ما عاقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في أصل الدين رحة عليه في ذلك خاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف المتقدم فانه لم يحكم بكفر القارى مع اسقاط لفظة لان قل يا أيها الكافرون ولا شك أن ذلك السكر الذى كان بهم لم يكن بحيث لا درك أصلاً لا ترى أنهم أدركوا وجوب الصلاة وقاموا الى الاداء فعلنا أن الشارع رجه في أصل الدين وعاقبه في فروعه ولهذا صححنا اسلامه ولو لا هذا الحديث لقلنا برده وان لم يكن له درك ولم نصح من الكافر السكران اسلامه وبما ذكرنا يعزف صحة التفصيل الذى ذكرناه وهو أن هذا السكران الذى وقع منه كاهم تودة ولم يصل الى أقصى السكران كان عن غير قصد اليها كما قرأ على قل يا أيها الكافرون وغير ذلك يس بكافر عند الله ولا في الحكم وان كان مدو كالمها فاصدا مستحضرا معناه فانه كافر عند الله تعالى بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره في القضاء لان القاضى لا يدري من حاله الا أنه سكران تكلم بما هو كافر فلا يحكم بكفره والله سبحانه أعلم

(ولو ارتد السكران لا تبين منه امر أنه لما ذكر أن الكافر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر) وروى أن عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فسد بعض العصاة فأكلا وسماههم سكران وكان ذلك قبل تحريمها فامهم في صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح اللآآت مع أن اعتقادها ككفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القارى فعلم أن السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر والله أعلم

يحمل الانشاء وذكر الامام الترمذى رحمه الله ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرفه لانه اذا صحا ورجع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه في حال سكره لانه لا فائدة في التأخير لانه لا يملك الرجوع لانهم ما من حقوق العباد (قوله كفى سائر تصرفاته) من الاقرار بالمال والطلاق والعناق (قوله ولو ارتد السكران لا تبين امر أنه منه) هذا جواب الاستحسان وفي القياس تبين امر أنه كذا في سبيل الميسر (قوله لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر) فان قيل الاسلام أيضا من باب الاعتقاد فيصح اسلام الكافر حالة السكر قلنا السكران مع سكره غير حال عن نوع تغييره بدليل توجه الخطاب اليه وصحة وقوع طلاقه وعناقه وسائر تصرفاته لما أن السكران يحتاط عقله ولا ينفيه ولما كان كذلك اعتبرنا ذلك القيد في صحة اسلامه دون كفره لان الاسلام يعلو ولا يعلى كفى ارتد الكافر واسلامه حيث يصح اسلامه ولا يصح كفره والله أعلم بالصواب



قال (ويفرق على أعضائه) لما مر في حد الزنا (ولا يجرد من ثيابه)

شرط الاحصان في المذدوف وهو أن يكون حرا عاقلا بالغام مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وأنه يحسد قاذف العبد وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المذدوف بحسب مجامع وان كان صبيا وهي خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحسد بقذف النسية إذا كان لها ولد مسلم والمعلول عليه قول الجمهور وسباني الوجه عليه وقوله (بصر رج الزنا) يحترز عن القذف بالسكنانية كقائل صدقت لمن قال يازاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فإنه يحسد ولو قال أشهد أنك زان فقال لا تحسروا أنا أشهد لاحد على الثاني لأن كلامه محتمل ولو قال وأنا أشهد بمثل ما شهدت به حد ويحسد بقوله زنى فرجك وبقوله زنت ثم قال بعد ما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولا وكذا إذا قال ليست أمي برانية أو أبي فإنه لا يحسد وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحسد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي أنه جلد رجلا بالتعريض ولأنه إذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فانارأينا حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فإذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهم في غير الحد لم يحز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درته وأما الاستدلال بأنه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد الذي قال يارسول الله ان امرأتى ولدت غلاما سودي عرض بنفيه فغير لازم لأن الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأ لم تدع وقد أورد أن الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف ووروده باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات وأجيب بأنه يثبت بالنسبة إلى الزنا بالاقضاء والثابت مقتضى كالتثبت بالعبارة والحسب أن دلالة اقضاء في ذلك لما ساذ كر بل حده بالانز والاجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد أن يكون بصر رج الزنا بين أن يكون بالعسر بي أو النبطي أو الغارسي أو غير ذلك فلا يحسد لو قال لها زنت بحمار أو بعير أو ثور لأن الزنا إدخال رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال لها زنت بناق أو أن أو ثوب أو دراهم حيث يحسد لأن معناه زنت وأخذت البدل إذا تصلى المذكورات للادخال في فرجها ولو قال هذا الرجل لا يحسد لأنه ليس العرف في جانبه أخذ المال ولو قال زنت وأنت صغيرة أو حام معك فلان جساما حراما لا يحسد لعدم الاتم وعدم المراحة إذا جاع الحرام يكون بنسكاح فاسد وكذا لا يحسد في قوله باحرام زاده لأنه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهد في رجل أنك زان لأنه حاله لقذف غيره ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة لأن الفعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به وسباني خلافه في فروع نذ كرها وأما اشتراط مطالبة المذدوف فاجماع إذا كان حيا فان كان ميتا فمطالبة من يقع القدرح في نسبه ثم ان نفيه عن غير المذدوف بمفهوم الصفة وهو معتبر وأورد ينبغي أن لا تشترط المطالبة لأن المقلب فيه حق الله تعالى فالجواب ان حق العبد ملقيا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مغلوبا نعم برده على ظاهر العبارة قذف نحو الرقعة والمحبوب فإنه لا يحسد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصر رج الزنا وكذا الاخرس لاحتمال أن يصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت يمين فانتفى الحاق الشين الابنفسه ولو قال لرجل يازانية لا يحسد استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي يحسد لأنه قذفه على المبالغة فان التناء تزاذه كافي علامة ونسابة وله ماله وماه بما يستحيل منه فلا يحسد كالمو قذف يحبوا أو كذا لو قال أنت مجمل للزنا لا يحسد وكون التناء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التانيث ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك ولو قال لامرأ يازاني حد عندهم لأن الترجيح شائع (ويفرق) الضرب (على أعضائه لما مر في حد الزنا) (قوله ولا يجرد من ثيابه)

(وقوله ويفرق) يعني الضرب (على أعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا) وهو قوله لان الجمع في عضو واحد يفضى إلى التلف (ولا يجرد من ثيابه)

المذدوف ميتا لا نقول لما قام مقامه أخذ حكمه فثبتت مطالبة له ولأن من يقع القدرح في نسبه مذدوف أيضا فتحقق مطالبة المذدوف فان قبل المقلب فيه حق الله تعالى فكان ينبغي أن لا تشترط مطالبة العبد كالأ يصح عقوه قلنا حق العبد وان كان مغلوبا فيه يصلح أن تشترط مطالبة احتياالا لرد الحد (قوله لما مر في حد



بأنه فليس بمجنون فلا يجب عليه حد القذف (ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد) وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف أمه) لانه نفى النسب (والنسب انما ينفي عن الزاني (٩٢) لاهن غيره) وتقرر به اذا فرض المسئلة فيها اذا كان أبوه وأممه معروفين ونسبه من

صادق فيه (ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد) وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف أمه لان النسب انما ينفي عن الزاني لاهن غيره (ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لانيه الذي يدعي له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد) لان عند الغضب يراد به

مؤول بان المراد بالزنا المؤثر والافهو يتحقق منهما اذ يتحقق منهما الوطء في غير الملك لكن القذف انما يلزم بالحد اذا كان زنا يؤثر صاحبه وبه يندفع الاعراب والقائل اذا لم يتحقق الزنا منهما فانه ينفي أن يحد قاذف تجنون زنى حاله جنونه لكن لا يحد وان كان قذفه حين فاقتنه وأما اشتراط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لم يلحقه عار آخر فهو صدق وحد القذف للغير بئلا للصدق وفي شرح الطحاوي في العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بشكاح فاسد في عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد الشكاح في العفة سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذلك لو وطئ في غير الملك أو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها في الملك الا أنه محرم فانه ينظر ان كانت الحرة مؤمنة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأته في الخيض أو أمته المجوسية لا يسقط احصانه وان كانت مؤمنة سقط احصانه كما اذا وطئ أمته وهي أخته من الرضاع ولو مس امرأته بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط احصانه عند أبي حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأته بالشكاح ثم تزوج بنتها فدخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند أبي حنيفة في بنت المسوسة بشهوة لان كثير من الفقهاء يعممون شكاحها (قوله ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد) وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة وكذا اقتصر عليه الحاكم في الكافي وعلمه في الهداية بانه في الحقيقة قذف لامه فكانه قال أمه زانية لانه اذا كان لغير أبيه ولا شكاح لذلك الغير كان عن زناها معنة قبل فعله هذا كان الاولى أن يقال اذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرائط الاحصان وأورد عليه أنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بان كانت موطوءة بشبهة وشكاح فاسد الجواب أن المراد انك لست لابيك الذي ولدت من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا مازوم بان الامم زنت مع صاحب الماء الذي ولدته ومنه وهذا معني قول المصنف لان النسب انما ينفي عن الزاني لاهن غيره وحاصله أن نفى نسبة عن أبيه يستلزم كون أبيه زانية لان النسب انما ينفي عن الزاني فيلزم أن أمه زنت مع أبيه فباعت به من الزنا ولا يخفى أنه ليس يلزم لجواز كون أبيه زنى بامه مكرهة أو نائمة فلا يثبت نسب من أبيه ولا يكون قاذفا لانه قالوا جدها اثباته بالاجماع وهذا بناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذي يدعي اليه وينسب بخصوصه ولا شك في هذا والا كانت بمعنى المسئلة التي تليها وهي التي ورد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجي ووجه بعضهم وجوب الحد في هذه على ما اذا كان قوله ذلك في حال الغضب والسباب بدليل المسئلة التي تليها فاذا انختلف المراد بلطف الاب على هذا التقدير فانه اذا كان في غير حالة الغضب فانه يراد بالاب الاب المشهور وفيكون النفي مجازا عن نفى المشابهة في محاسن الاخلاق (قوله ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لانيه الذي يدعي اليه يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به

الام ثابت بيقين ونفاه عن الاب المعروف فكان دليلا على أنه زنى بامه وفي ذلك قذف لامه لا محالة قيل يشترط أن يكون في حالة الغضب في هذه المسئلة كالتى بعدها وقيل يجب أن لا يجب الجدها وان كان قذفه في حالة الغضب لجواز أن ينفي النسب عن أبيه من غير أن تكون الام زانية من كل وجه بان تكون موطوءة بشبهة ولدت في عدة الوطئ وأجيب بان ما ذكرته وجه القياس في هذه المسئلة وجوب الحد فيها بالاستحسان بالانقار في المبسوط وانما تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود قال لاحد الافى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه وقوله (ومن قال لغيره في غضب الخ) ظاهر وطول بالفرق بين هذه وبين قوله في حالة الغضب أو غيره لست

قال المصنف (ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك) أقول أي لست لاصلك الذي خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا حتى لو قال لست لابيك فلان بالعين يكون على تفصيل الغضب

منه الاما قلنا أريد بالمحصنات الحرات فشرطنا الحرية احتياالا لدرء (قوله ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك) أي لست لاصلك الذي خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا فان قيل جاز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بان كانت موطوءة بشبهة قلنا وجوب الحد هنا بطريق الاستحسان لا بطريق القياس وذكر في المبسوط ولكننا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضى الله عنه لاحد الافى قذف محصنة أو نفى رجل من أبيه ولانها اذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت

حقيقته

وعنده كما سيجي أيضا قال المصنف (وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة) أقول الاولى أن يقول

محصنة ليع (قوله وقيل يجب الى قوله ولدت في عدة الوطئ) أقول وأجاب في الكافي بانه اذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاباها كانت الام زانية فدل أنه قذف أمه بهذا اللفظ يؤيده قول ابن مسعود رضى الله عنه لاحد الافى قذف



بأب فسلان ولا بأب فلانة  
وهي أمه التي تدعى له حيث  
لا يكون قذفاً مع أن القذف  
يراد بهذا اللفظ وأجيب بأن  
قوله ولا بأب فلانة نفي عنها  
وانما ينتفي عن أمه بانتهاء  
الولادة فكان نفياً للولادة  
ونفي الولادة نفي الوطء ونفي  
الوطء نفي الزنا بخلاف ما إذا  
لم يقل ذلك لانه نفي عن  
الوالد وولادة الولد ثابتة من  
أمه فصار كأنه قال له أنت  
ولد الزنا قال (ولو قال له يا ابن  
الزانية وأمهم مية بمحنة قطالب  
الابن بحده حد القاذف  
لانه قذف بمحنة بعد موتها)  
بخلاف ما إذا قذفها ماتت  
فان الحد يسقط

محصة أو نفي رجل عن أبيه اه  
قوله كان الولد ثابت النسب  
من انسان أي اذا كانت  
تحت زوج فنسبه منه وان  
لم يكن فمن الواطئ فكان  
ثابتاً من انسان ضرورة وهو  
أبوه قوله وانما لا يكون ثابت  
النسب من الاب اذا كانت  
الام زانية يعني وهو قد قذفه  
بنفي نسبه عن الاب فدل  
ذلك على أنه لم يرد بقذفه كون  
أمه موطوءة بشبهة فافيه  
من ثبوت النسب أيضاً ثم  
أقول لا يذهب عليك أن  
فرض المسئلة فيما ذكره  
يدفع هذا السؤال ولا يحتاج  
الى الجواب

حقيقته سباً له وفي غيره مراد به المعاتبة بنفي مشابهته أباه في أسباب المروءة (ولو قال لست بأب فلان يعني بحده  
لم يحده) لانه صادق في كلامه ولو نسبته الى جده لا يحده أيضاً لانه قد ينسب اليه مجازاً (ولو قال له يا ابن الزانية وأمهم  
مئة محصة قطالب الابن بحده حد القاذف) لانه قذف بمحنة بعد موتها

حقيقته) أي حقيقة نفيه عن أبيه لانه حاله سب وشتم وفي غيره مراد به المعاتبة على عدم تشبهه به في محاسن  
أخلاقه ولا يخفى أن في حالة الغضب ليس نسبة أمه الى الزنا أمر الأزاميل أو زنجيه عنه والقصد الى اثباته من غيره  
لشبهة أو نكاح فاسد كالتى قبله فثبتت الحد به بعبارة قرأت الاحوال وهذا لا يثبت القذف بصرح الزنا وكذا  
ذكر في المبسوط أن في الأولى الحد استقصا نابا بن من مسعود وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد  
بلغنا عن عبد الله بن مسعود أنه قال لا حد الا في قذف محصة أو نفي رجل عن أبيه ثم حوالوا الاثر على النفي حالة  
الغضب وحكموا بأنه حالة عدمه لم ينفع عن أبيه بدلالة الحال فليس هذا من القصص في شيء اذ ليس قذفا وانما  
يكون تخصيصاً لو كان قذفاً أخرجه من حكم القذف ولو قال لست بأب فلان ولا ابن فلانة لا يحده مطلقاً لان حده  
في قوله لست بأب فلان في حالة الغضب مقتصر عليه باعتبار انه قذف أمه وانما ينسب من أمه فقد نفي ولادتها  
ايها فقد نفي زناها به فكيف يحدها أو أما اذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يثبت فيه تفصيل بل يحده ألبتة بخلاف  
ما لو قال يا ابن التهمة فإنه يعزر ولو قال لا أمر أنه بالحد لانه لا يحده ولا يعزر (قوله ولو قال لست بأب فلان  
يريد بفلان جده لا يحده لانه صادق في كلامه) وكذا لو قال أنت ابن فلان يعني جده هو صادق لانه قد ينسب  
الى الحد مجازاً متعارفاً وفي بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمر حاج جده. وكذا لو قال أنت ابن فلان لعمه أو  
خاله أو زوج أمه لا يحده لان كلامهما أطلق عليه اسم الاب كما سيأتي واعلم أن قوله لست بأب فلان لا يبيد المعروف  
له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيق هو نفي كونه من مائة مع زنا لام به أو عدم زناها بل بشبهة فهي  
ثلاثة معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فعبر براد نفي كونه من مائة  
مع زنا لام به ومع عدمه مراد المجازي وقوله لست بأب فلان جده له معنى مجازي هو نفي مشابهته لجده ومعينان  
حقيقتان أحدهما نفي كونه متخولاً من مائة والآخر نفي كونه أباً أعلى له وهذا يصدق بصورتين نفي كون  
أبيه خلق من مائة بل زنت جدته به أو جاءت به بشبهة وكل هذه المعاني يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين  
الغضب أحدها بعينه في الاول وهو كونه ليس من مائة مع زنا لام به اذ لا معنى لان يخبره في السبب بان أمه  
جاءت به بغير زنا بل بشبهة فيجب أن يحكم أيضاً بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب أبيه عنه  
وقذف جدته به فإنه لا معنى لاختياره في حالة الغضب بانك لم تتحقق من ماء جده وهو مع سماجته أبعد في  
الارادة من أن يراد نفي أبوته لانه لا يسهل هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا تخلص الا أن يكون فيها اجماع

النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت هي زانية فعرفنا أنه بهذا اللفظ قاذف لانه  
والى هذا المعنى أشار في الكتاب بقوله لان النسب انما ينفى عن الزاني لامن غيره فان غير الزاني عام جاز أن يكون  
زوج أمه أو من وطء أمه بشبهة في عدته فولدته أمه كذا كرنا فثبتت منهما النسب ولما نفي القاذف نسبه  
مطلقاً علم أن مراد القاذف ليس غير الزاني بل مراده الزاني لان الزاني لا نسب له أصلاً ولكن هو غير معين فلا  
يحد بسببه ولا يحد بسبب أمه لانه لما كان المراد من النسب زانياً كانت أمه زانية لا محالة  
فيجب الحد بسببها اذا كانت محصة فان قبل هذا كناية في القذف فينبغي أن لا يحد قلنا وجوب الحد بالان  
أو نقول عدم وجوب الحد في الكناية لاستثنا المراد أما اذا لم يكن مستثناً فالكناية بمنزلة الصريح كقوله قال  
للقاذف هو كذا قلت فإنه يحده وان لم يكن صريحاً (قوله ولو نسبته الى جده لا يحده لانه قد ينسب اليه مجازاً قال  
الله تعالى كما أخرج أبويكم وكذا اذا نسبته الى خاله أو عمه أو زوج أمه لا يحده لان كل واحد منهم يدعى أباً قال  
الله تعالى ورفع أبويه على العرش قالوا هي خالته وأبوه وقال عليه السلام اخلال أب وقال الله تعالى أعبد الهك  
واله آباءك ابراهيم واسماعيل واسحق واسماعيل كان عماله قال الله تعالى ان ابني من أهلي وقبل انه كان



وقال زفر وحسه الله ليس لوالده مال قيام الولد أن يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق الذي يلحق والدا الولد فصار والدا الولد مع قيام الولد كالولد مع بقاء المقدوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه مع بقاء الاقرب ولكن كما تقول حق الخصومة باعتبار ما لحق من الشين بنسبته اليه وذلك وجود في حق والدا الولد كوجوده في حق والدا أبيه ما خاصم بتمام (٩٥) الحد لخصومته بخلاف المقدوف فان حق

الخصومة له باعتبار تناوله القاذف من عرض مقصودا وذلك لا يوجد في حق ولده وبخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبان وفي الحكم المرتب على العصبية يقدم الاقرب على الابعد (واذا كان المقدوف محصنا) وهو ميت (جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد خلافا لفرقه) يقول القاذف تناوله معنى رجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا) لان حد القذف لا يورث (فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى) في رجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى بان قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقدوف فكذا اذا تناوله معنى قبل قوله وليس طريقه الارث غير مقبولة في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث ايضا لم يكن له أن يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر أو الرق وقبل نحر بكلامه أن الحد ما أن يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه أم المقدوف أو القاذف نفس

(واذا كان المقدوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد) خلافا لفرقه يقول القاذف يتناوله معنى رجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا أنه غير بهتف محصن في اخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعبير اعلى الكمال ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده

المطالبة (مع وجود الولد خلافا لفرقه) ولو عفا بعضهم كان غيره ان يطالب به لانه لا دفع عن نفسه وقوله (خلافا للمحمد) يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية ههنا وجهها أن نسبة الى أبيه وهو أجنبي عن حدته لانه بدليل انه لم يدخل في لفظ والدا الولد ولذا وقف على أولاده وأولاد أولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر الرواية وجه الظاهر عنهم ألا يجمع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاص وقد اختاره جماعة في الوقف وثانياً بتقدير التسليم أن المبني يختلف لان مبني ثبوت الخصومة في حق القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب الى الانسان الى الآخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادل والدا البنت من قولنا أولاد فلان لانه وقف على من يسمى به فاذا لم يتبادل لا يشبهه الوقف وصار كالوصية لأولاد فلان لا يدخل أولاد بناته لهذا وجه قول زفر أن ما يلحق لولد فوق ما يلحق لولد الولد فصار والدا الولد مع الولد كولد المقدوف معه واعتبر به بالخصومة في الكفاءة فانه لا خصومة للابعد مع وجود الاقرب والجواب منع أن ما يلحق الاقرب فوق ما يلحق الابعد بل كل من ينسب الى المقدوف بالجزئية لحقه من العار مثل ما يلحق الآخرون لاختلاف الجهة والتبعية بخلاف المقدوف مع ولده لانه لحقه العار مقصودا بالالحاق به دون ولده ولولده وأما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبان فعلم ترتبهم في ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطلق لولد الولد بقذف جده وحيث أنه انما خالف زفر في ذلك عند وجود الاقرب فواجه ما في قاصصنا اذا قال جد زان لاحد عليه قلنا ذلك لا يجرم لان في اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان أو كانت محصنة فحد (قوله) واذا كان المقدوف محصنا جاز لابنه الكافر ولا بنه العبد أن يطالب بالحد خلافا لفرقه) ولكل من قال طريقه الارث يعني اذا كان المقدوف ميتا بان وقع بعد موت المقدوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقدوف (هو يقول القذف تناول الابن معنى لاصوره لرجوع العار اليه) وليس الحد الاثن والمطالبة به لاجل أمه اذ ليس طريقه الارث عندنا واذا تناوله معنى فغاية أمره أن يجعل كانه تناوله صورة ومعنى بان يكون هو المقصود بالقذف ولو كان كذلك لم يكن له المطالبة لعدم احصانه فكذا اذا كان مقدوفاً معنى فقط (ولنا انه) أي القاذف (غيره بقذف محصن) هو أمه أو أبوه (في اخذه بالحد وهذا لان الاحصان في) المقدوف قصداً وهو (الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعبيراً على الكمال) لانه لا يقع تعبيراً كاملاً الا اذا كان محصناً (ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده)

الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق والدا الولد فصار والدا الولد مع بقاء الولد كولد المقدوف مع بقاءه واعتبر بهذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب قلنا أن حق الخصومة باعتبار حقوق العار وذا وجود في حق والدا الولد والحق ليس بطريق الارث حتى يعتبر الاقرب بغير حق المقدوف فان حق الخصومة باعتبار نيل القاذف من عرضه وذا لا يوجد في حق ولده ولان مساهلته تورم تصدقه لانه أعلم بما جرى عليه من ولده وبخلاف الكفاءة لانه لا ولاية للابعد مع وجود الاقرب (قوله) ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده

هذا الابن الكافر لاجز أن يكون لاجل أمه لان الحد لا يورث ولا أن يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كاتري (ولنا أنه غير بهتف محصن) وهو ظاهر لان فرض المسئلة في وكل من غير بهتف محصن جاز أن يخذله لانه تعبير على الكمال فيقتضي زحراً أو أشار المصنف الى هذا الكلام بقوله (وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعبيراً على الكمال) ثم يرجع هذا التعبير الكامل الى ولده

نافي التشرع تامل ودفعه غير خفي لان المراد بالارث هو الارث بطريق الغرضية والعصبية فهما من اسباب الارث عند الشافعي

والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه لأنه لم يوجد التعبير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب إلى الزنا (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة) لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الابن بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيرها أن يطالب لتحقيق السبب وانعدام المانع

فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصله للشين الذي لحقه بالخلاف ثم يترتب على المطالبة إقامة الحد حق الله تعالى (والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق المطالبة بخلاف ما إذا قذفه نفسه) لعدم احصائه فلم يقع التعبير اذ لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان السبب التعبير الكمال وهو باحصان المقدوف فان كان حيا كانت المطالبة له أو ميتا طالب به أهله أو فرعه وان لم يكن محصنا لم يحقق التعبير الكمال في حقه (قوله وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة) أي التي قذفها في حال موتها (ولا للابن أن يطالب أباه) وان علا (بقذف أمه الحرة المسلمة) التي قذفها في حال موتها بان قال رجل لعبد يابن الزانية وامه ميتة حرة أو قال لابنه أو لابن ابنه وان سفل بعد وفاة أمه يابن الزانية وهو قول الشافعي وأجدور واية عن مالك والمشهور وعنه ان للابن أن يطالب أباه بقذف أمه وهو قول أبي ثور وابن المنذر لا طلاق آية فاجلدوهم ولأنه حده هو حق الله فلا يمنع من أقامته قرابة الولاد أو قال مالك اذا حد الابن سقطت عدالة الابن لمباثرته بسبب عقوبة أبيه مع قوله تعالى فلا تقل لهما أف والجواب أن الاطلاق أو العموم يخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى فلا تقل لهما أف والمانع مقدم (ولهذا لا يقاد الوالد بولده) ولا يقطع بسرقة فانتقضت عليه الحد بالاجماع على عدم القطع وصار الاصل للعموم الآية أعنى قوله تعالى فلا تقل لهما أف وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده وأما الاجماع على عدم القطع فله شبهة الملك لا بد في المسروق فلا يرد على مالك نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان اهدار جنايته على نفس الولد توجب اهدارها في عرضه بطريق أولى مع أن القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيه ما وضع للاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المصنف (لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده) استدلال على عدم اعتبار المطالبة العبد للسيد بقذف أمه قبل لان حق عبده حقه فلا يجوز أن يعاقب بسبب حق نفسه (قوله ولو كان لها) أي لزوجه الميتة التي قال لولدها بعد موتها يابن الزانية (ولما آخر من غيره كان له حق المطالبة) بالاجماع الاثني اربع لان لكل منهما حق الخصومة وطهر في حق أحدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضى عمله في الآخر ولذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعن أحدهم كان لا يخرج المطالبة به بخلاف عفو أحدهم حتى القصاص يمنع استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فبالسقاط أحدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان القتل الواحد لا يتصور تنجزه أما هنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل بالسقاط أحدهما (فرع) يجوز التوكيل بآيات الحدود من الغائب في قول أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف وكذا في القصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت غسله والاجماع أنه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لانها عقوبة تنسدرى بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال أنه عفا أو ان المقدوف قد صدق القاذف أو كذب شهوده ولا يخفى قصور التعليق الاول لان حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد مع احتمال أولى (قوله

وهذا لان القذف يتناول الميت بصورة ويتناول معنى بالتعدي اليه والشئ اذا تعدى عن محل الى محل يتعدى على الوصف الذي كان ثابتا في ذلك المحل فاذا كان المقدوف محصنا تعدى اليه بصفة الكمال وان كان المقدوف غير محصن لم يكن التعدي بصفة الكمال فاعتبر كمال الحال في حق من يتناوله القذف صريحا ليكون التعدي كاملا في حق من يتناوله معنى (قوله وكذا الابن بانه) ذكر حكم الولد دون الوالد والحد لا يختلف فيهما وذكروا في قتل الكفاية لا يسجد الاصول بقذف الغر وع لانه لا يقتل لهم فلان لا يحد أولى (قوله

بخارزه أن يأخذ بالحد فان قيل جاز أن يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضى فأجاب بقوله (والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق) أي استحقاق أهلية الخصومة لان استحقاقها باعتبار حقوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع بالزنا والكفر بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه فانه لا يوجد التعبير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب إلى الزنا قال (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه) أو جده وان علا (بقذف أمه) وجدته وان علت ولا أمه ولا جدته وان علت بقذف نفسه (لان المولى لا يعاقب بسبب عبده) قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فالألم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلا ن لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز أن يكون صادقا فيمناسبه اليه أولى وقوله (ولو كان لها ابن من غيرها) واضح

وقوله (و بكل ذلك تشهد الاحكام) أما الاحكام التي تدل على أنه حق العبد فهو أنه يستوفى بالينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع من  
القرار وكذلك لا يستوفى بالخصوصية وإن استوفى بخصوصية ما هو حقه بخلاف السرقة (٩٧) فإن خصوصيته هناك للمال دون الحد حتى

لو بطل الحد لعني الشبهة  
لا يبطل المال ويقام هذا  
الحد على المستامن وإنما  
يؤخذ المستامن بما هو من  
حقوق العباد ويقدم  
استيفاءه على حد الزنا وحد  
السرقة وشرب الخمر حتى  
ان رجلا ولو ثبت عليه باقراره  
الزنا والسرقة وشرب الخمر

والقذف وفق عين رجل  
يبدأ بالقصاص في العين لأنه  
يخص حق العبد وحق العبد  
مقدم في الاستيفاء لما يلحقه  
من الضرر بالتأخير لأنه  
يخاف الفتور والله تعالى  
لا يفوته شيء ثم إذا برئ من  
ذلك يقام عليه حد القذف  
وأما الاحكام التي تشهد على  
أنه حق الله تعالى فهي أن  
الاستيفاء إلى الامام والامام  
أنما يتعين نائبه في استيفاء  
حق الله تعالى وأما حق العبد  
فإنه يفادى اليه ولا يخلف فيه  
القاذف ولا ينقلب مالا عند  
السقوط وقوله (لأن مال العبد  
من الحق الخ) قبل فيه نظر  
لأنه يلزم أن لا يكون حق  
العبد غاليا إذا اجتمع الحقان  
أصلا وهو خلاف الأصول  
والمنقول فإن القصاص مما  
اجتمع فيه وحق العبد  
غالب واعترض بان من  
الاحكام ما ينافي الحقين  
جيعا وهو أنه يسقط بئوت  
المقذوف وشئ من الحقين  
لا يسقطه وأجيب بأن

(ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد) وقال الشافعي لا يبطل (ولو مات بعدما أقيم بعض الحد بطل  
الباقى) عندنا خلافا له بناء على أنه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه  
شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم أنه شرع زاجرا  
ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع و بكل ذلك تشهد  
الاحكام وإذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال إلى تغليب حق العبد تقديرا لحق العبد باعتبار حاجته وغنى  
الشرع ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن مال العبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مراعاه ولا  
كذلك عكسه لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع الا نيابة عنه وهذا هو الأصل المشهور الذي يخرج  
عليه القروع المختلف فيها منها الارث إذا الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فإنه لا

ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل (ولو مات بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي  
عندنا خلافا له بناء على أنه يورث عنده) فيرث الوارث الباقي في مقامه (وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق  
الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص) كالقصاص (فمن  
هذا الوجه) أي من هذا الدليل (هو حق العبد ثم) يعلم (أنه شرع زاجر ومنه سمي حدا والمقصود من شرع  
الزاجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع) اذ لم يختص بهذا انسان دون غيره (وبكل) من  
حق الله وحق العبد في حد القذف (تشهد الاحكام) فباعتباره حقا للعبد شرطت الدعوى في قائمته ولم تبطل  
الشهادة بالتقادم (ويجب على المستامن وبقية القاضى يعلمه اذ علمه في أيام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة  
القاضى حده وان علمه القاضى قبل ان يستقضى ثم ولى القضاء ليس له أن يقيم حتى يشهده عنده ويقدم  
استيفاءه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتباره حق الله تعالى استوفاه  
الامام دون المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا يستخلف عليه القاذف ويتصرف بالرق  
كالعقوبات الواجبة حقه الله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف ولا يختلف باختلاف التالف واذا تعارضت  
الجهتان ولم يمكن اصدار مقتضى احدهما لم اعتبارهما فيه مثبت أن فيه الحقين (الآن الشافعي مال إلى  
تغليب حق العبد تقديرا لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن ما  
للعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه فيصير حق العبد مراعاه) بتغليب حق الشرع لا مهورا (ولا كذلك  
عكسه) أي لو غلب حق العبد لم أن لا يستوفى حق الشرع الا بالتحكيم يجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لا  
يجوز الا بدليل ينسبه الشرع على اناية العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استيفاء الامام حتى كان هو  
الذى يستوفيه كسائر الحدود التي هي حقه تعالى على ما قدمناه من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف  
في هذا الأصل ففرع أخرى تختلف فيها بعد القروع المتفق عليها الشهادة لكل من ثبوت الجهتين  
منها الارث فعنده يورث وعندنا لا يورث اذا الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى أي انما يورث  
العبد حق العبد بشرط كونه مالا أو ما يتصل بالمال كالسكك أو فيما ينقلب إلى المال كالقصاص والحد ليس  
شيئا منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل سمي على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة أو وصيه في  
المطالبة التي جعلها شرطا لظهور حقه ومنها العفو فإنه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفا  
المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوت أن يقول  
تشهد الاحكام فما يدل على أنه حق العبد أنه لا يسقط بالتقادم وبقية القاضى يعلم نفسه ولا يصح الرجوع عنه  
بعد الاقرار ويقام على المستامن في دار الاسلام وتشرط فيه الخصومة ويقدم استيفاءه على حد الزنا والسرقة  
ولا يبطل مع الرجم وما يدل على أنه حق الله تعالى أنه لا يباح بإباحة العبد ولا يخلف القاذف فيه ولا ينقلب

لأنه لا يقول أنه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاءه لعدم شرطه  
فإن الشرط خصوصية المقذوف ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته وقوله

(ومن أصحابنا من قال) يريد به صدر الاسلام (٩٨) أبا اليسر فإنه ذكر في مبسوطه والصحيح أن الغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي

يصح عفو المذنب عندنا ويصح عنده ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي ومن أصحابنا من قال أن الغلب حق العبد وخرج الأحكام والاول أظهر

المذنب لم يقذفني أو كذب شهودي وجبته يظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد لأنه وقع ثم سقط بقوله ذلك وهذا كما إذا صدق المذنب فإنه يطل بمعنى ظهور أن القذف لم يقع موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص بسقط بعد وجوبه لأن الغلب فيه حق العبد ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا وبه قال مالك وعنده يجوز وهو قول أحمد ويجري فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصاً مرات وأقذف جماعة كان فيه حدوداً واحداً لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم خذني أثناء الحد ادعى آخرون كمل ذلك الحد وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو أنه يصح عفو المذنب (قوله ومن أصحابنا من قال أن الغلب في حد القذف حق العبد الخ) وما تقدم من بيان الأصل المختلف فيه وتوزيع الأحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاظهر من جهة الدليل والاشهر لأنه قول عامة المشايخ وذهب صدر الاسلام أبو اليسر إلى أن الغلب فيه حق العبد كقول الشافعي (وخرج الأحكام) المختلف فيها على غير ذلك أما توجيه أن حق العبد غالب فلأن أكثر الأحكام تنبئ عليه والمعقول يشهد له وهو أن العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الأصل أن حد القذف حق العبد كالعقاص وأما تخرج الأحكام فأنما فوض إلى الامام لأن كل أحد لا يهتدى إلى إقامة الجلود وقال في عدم الارث أن عدمه لا يستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لأن الارث يجري في الاعيان وأجاب عن كون القصاص يورث بأنه في معنى ملك العين لأنه ملك اتلاف العيين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فان

لأن أكثر الأحكام تدل عليه والمعقول يشهد له لما ذكرنا أن العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الأصل أن حد القذف حق العبد كالعقاص الا أنه فوض إقامته إلى الامام لأنه لا يهتدى كل أحد إلى إقامة الجلود وقوله (وخرج الأحكام) أي أجاب عن الأحكام التي تدل على أنه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض إلى الامام ما ذكرنا أن كل أحد لا يهتدى إلى إقامة الجلود وقال في عدم الارث أن عدمه لا يستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لأن الارث يجري في الاعيان وأجاب عن كون القصاص يورث بأنه في معنى ملك العين لأنه ملك اتلاف العيين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لا يملك شراء الطعام الا للاتلاف وهو الاكل فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو بان يملكه الوارث في حق استيفاء القصاص وقوله (والاول) وهو أن الغالب فيه حق الله (أظهر) قال في النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله فيه ولأن عامة أصحابنا عليه فكان الاختذ بقول عامة العلماء أظهر والثاني أظهر

ملا عند سقوطه وينصف بالرق (قوله ومن أصحابنا من قال أن الغلب حق العبد) المراد به صدر الاسلام أبو اليسر رجة الله تعالى عليه (قوله وخرج الأحكام) أي أجاب عن الأحكام التي تدل على أنه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبه واذكر الامام صدر الاسلام رحمه الله في مبسوطه أن الصحيح أن الغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي رحمه الله لأن محمد ارجحه الله نص في الأصل أن حد القذف حق العبد كالعقود وأكثر الأحكام تدل عليه وذكر في جامع الصغير وإنما جعل الإقامة إلى الامام لأن الضرب غيره قد روي نفسه فلو جعل الإقامة إليه لزد على ما هو المعهود فيؤدي إلى التاف ففعل الإقامة إلى الامام بطريق المصلحة وقال فيه أيضاً ثم أنه لا يورث عند أصحابنا مع أنه حق العبد كما لا يورث حق الشفعة وخيار الشرط لما أن الارث إنما يجري في الاعيان قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته وهذا لأن المال يبقى بعد موت المورث ويفضل عن حوائجه فلا بد من أن يصرف إلى أقرب الناس إليه وهم ورثته أما حق القذف فلا يورث لأنه لا يورث في معنى ملك العين بل هو ملك الفعل وهو ملك الضرب والفعل لا يبقى فملك الفعل لا يبقى أيضاً ولهذا قلنا أن حق الشفعة لا يورث لأنه ملك فعل وهو حق الفسخ بخلاف القصاص حيث يورث لأنه في معنى ملك العين لأنه ملك اتلاف العيين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو بان يملك الوارث في حق استيفاء القصاص (قوله والاول أظهر) وهو أن الغالب فيه حق الله تعالى أظهر وأشهر وعليه عامة أصحابنا رحمه الله النبط جليل من الناس بسواد العراق الواحد نبلى فهم ممن يذم بالنسبة إليهم قال ابن أبي



قال (ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) لأن المصدق فيه حقا في كذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لأنه لا مكذب له فيه (ومن قال لعربي يابطني لم يجد) لأنه يراد به التشبيه في الاخلاق أو عدم الفصاحة وكذا إذا قال: ت بعربي لما قلنا (ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) لأنه يراد به

وقول محمد بن وقع في موضع أنه حق الناس فقد وقع في آخر أنه حق الله تعالى (قوله ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لأن المصدق فيه حقا في كذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لأنه لا مكذب له فيه) فيقبل رجوعه وأما التعليل بأنه بالاقترار لحق الشين بالغيب وبالرجوع يريد أن يبطل حق الغير فالمعنى أنه أثبت حق الغير ثم يريد أن يبطله فلا يقبل منه فيشكل عليه الرجوع في الاقرار بحق الله تعالى وكونه لحق الشين لا أثر له بل الخاص على أنه لما لحق الشين ثبت حق الآدمي فلا يقبل إبطاله فالحق الشين تأثيره في اثبات حق الآدمي ليس غير ثم امتناع الرجوع ليس الالتصاق به إبطال حق الغير (قوله ومن قال لعربي يابطني) أو قال لست بعربي (لا يجد) وكذا إذا قال لست من بني فلان وقال مالك يجد إذا نوى الشتم وعنه إذا قال ياروحى لعربي أو فارسي أو يافارسي لروى أو عربي أو يابن الخياط وليس في آياته خياط يجد قلنا العرف في مثله أن يراد في المشابهة في الاخلاق أو عدم الفصاحة أو ما قذف أمه أو جده من جسداته لا يبه فلا يخطر بالبال فلذا أطلقوا في الحسد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب أو الرضا وهذا الان النسبة إلى الاخلاق الدينية مما يستمر به فإذا لم تتعارف مثله في القذف أصلا يجعل في الغضب شيئا من هذا القدر ولان يابطني قد يراد به النسبة إلى المكان على ما قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق فهو كما قال يارستاقى ياريني في عرفنا أي ياقروى لا يجد به وقال الفقيه أبو الليث النبطي رجل من غير العرب (قوله ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) وكذا إذا قال يا ابن مزيقياه ويا ابن جلالان الناس يذكرون هذه لقصد المدح فناء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الأزدي لأنه وقت القحط كان يقسم ماله مقام القطر فهو كما السماء عطاء وجودا ومزيقياه لقب به ابنه عمر ولأنه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما فيكره أن يعود إلى لبسهما ويكره أن يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا لا نسب أن يكون قول القائل يا ابن مزيقياه للذم بالسرف والاحجاب لكن عرف العامة في مثله أنه جوده وقد لقب بماء السماء أيضا للحسن والصفاء به فثبت أم ابن المنذر بن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها بنوما السماء قال زهير

ولازمت الملوك من آل نصر \* وبعدهم بنى ماء السماء

وجع المصنف بينهما حيث قال لأن ماء السماء لقب به لصفاؤه وسخائه وأما جلاله فندسه جعل مراد به انسان في قول سحيم

أنا ابن جلا وطلاع الثنايا \* متى أضع العمامة تعرفوني

وكلام سيبويه يفيد أنه ليس علمه بل وصف حيث قال جلاله فاعل ماض كأنه قال أنا ابن الذي جلا أي أضعه وكشف وأما قول القائل أنا القلاخ \* أنا القلاخ بن جناب بن جلا فحتمل كونه علما لقباً وكونه وصفاً أيضاً ثم أنه إنما يراد به التشبيه في كشف الشدة والندوامة المكاره فلا يكون قذفاً هذا وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء يعني وهو معروف يحد في حال السباب بخلاف ما إذا لم يكن فان قيل إذا كان قد سمى به وان كان للسقاء والصقاء فينبغي في حالة الغضب أن يحمل على النفي لكن جواب المسئلة مطلق فالجواب أنه لمسلم بهذا استعماله لذلك المقصد يمكن أن يجعل المراد به في حالة الغضب التسمي به عليه كما قلنا في قوله لست

بلي إذا قال لعربي يابطني أو قال لست من بني فلان لقيته التي هو منها فعليه الحد لأنه نسبه إلى غير أبيه قلنا يراد به النسبة إلى الجهل والاكنته لا النفي عن الأب عادة كمن قال اصري يارستاقى أو ياقروى فإنه لم يجب عليه شيء كذا هنا وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يابطني فقال لا حد عليه وماء السماء هو لقب عامر بن حارثة الأزدي كان يلقب بماء السماء لأنه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر أي عطاء وجودا وأم المنذر بن امرئ القيس فكانت تسمى ماء السماء لبسها وحسنها وقيل لولدها بنوما

وقوله (ومن أقر بالقذف)

من الاحكام التي تشهد

بكونه حق العبد وقوله

(ومن قال لعربي يابطني)

ظاهر والنبط جبل من

الناس بسواد العراق

وسئل ابن عباس رضي الله

عنهما عن رجل قال لعربي

يابطني فقال لا حد عليه

وقوله (لما قلنا) يعني قوله

لأنه يراد به التشبيه الخ

وقوله (لأن ماء السماء لقب

به) أي بهذا اللفظ وماء

السماء هو لقب أبي

المزيقياه والمزيقياه هو

عمر بن عامر لقب

بالمزيقياه لأنه كان يمزق

في كل يوم حلتين يلبسهما

ويكره أن يعود فيهما

ويانف أن يلبسهما غيره

وأما عامر بن حارثة الأزدي

كان يلقب بماء السماء

لأنه وقت القحط كان يقيم

ماله مقام القطر عطاء

وجودا

قوله (هو عمر بن عامر)

أقول هو من ملوك غسان



الذي هو الفاحشة قد يقع في الجبل أيضا هـ وهذا هو مرادهما (قوله وارق الى الخبرات) أقول أي بادري الى فعل الخبرات وسأله  
 لترفع بها وتذكر كما رقي مرتقي في الجبل (قوله زنا) أقول أي صنعودا (قوله ناكيد الكون المهموز الخ) أقول حيث قال يقر ودون بعين  
 (قوله وحينئذ يترج قوله) أقول يعني يترج قول محمد رحمه الله (قوله فالثاني يترج على الاول) أقول نعم اذ لم يقيم دليل على الاول وهنا الدليل  
 موجود وهو قوله لان من العرب بالحق قتامل

وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله إذا كان مقرونا بكلمة على وقوله (للمعنى الذى ذكرنا) إشارة إلى قوله وحالة الغضب والسبب تعين الفاحشة مراداً (قوله ومن قال لا تخريازانى) ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكوراً فى الثانى بان المراد بالاول هو قوله يازانى وما نستعبر أصلاً والجواب ان المراد بالخبر الجزء وحيداً يستقيم (١٠١) الكلام لان الخبر جزء شخص فيجوز ان

يستعار للأعم (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت) على ما ذكره فى الكتاب ظاهر (قوله لان المحدود فى القذف ليس باهل للعان) دليله ان أهلية اللعان تعمده أهلية الشهادة وقامه حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود فى القذف وقوله (ولا ابطال فى عكسه أصلاً) يعنى لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف هن المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بجرى اللعان بينهما غاية ما فى الباب أن اللعان فى حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفاً عن فعل

قال المصنف (ولو قال زناات على الجبل قبل لا يحسدنا قلنا) أقول من انه يتعين الصعود بالارادة اذا كان مقروناً بكلمة على قال الامام السرخسى فى مبسوطه وكذلك اذا قال زناات على الجبل يلزمه الحد وكذلك اذا قال زناات فى الجبل الا أن يحمد يقول أهل اللغة اذا استعملوا الكلمة بمعنى الصعود يصلون به حرف فى لاحرف على اه فيه تأمل قال المصنف (وقيل يحسد للمعنى الذى ذكرناه) أقول فهذا القائل لا يسلم تعيين الصعود حين المقارنة

وحالة الغضب والسبب تعين الفاحشة مراداً بمنزلة ما اذا قال يازانى أو قال زناات وذ كر الجبل انما يعين الصعود مراداً اذا كان مقروناً بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زناات على الجبل قبل لا يحسدنا قلنا وقيل يحسد للمعنى الذى ذكرناه (ومن قال لا تخريازانى فقال لا بل أنت فانهم ما يحسدان) لان معناه لا بل أنت زناان اذا هى كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكوراً فى الثانى (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدث المرأة ولا لعان) لانها فاذا كان وقذفه بوجوب اللعان وقذفها الحد وفى البداهة

أى يديه فالتمثيل به بناء على أن المراد بحرف اللين أو اللين حرف العلة لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقد همزوزن فى الالتقاء على حسده وان كان على خلاف الجادة يقال دأبه وشأبه وقرى ولا الضالين شاذاً وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فخاله الغضب والسبب تعين الفاحشة مراداً وهذا ما ذكرنا من أنه سيظهر ارادة قيد الغضب فى جواب المسئلة فكان كقولنا يازانى أو زناات فانه يحسدنا فاقوله (وذ كر الجبل يعين الصعود مراداً) قلنا انما يعين ذلك اذا كان مقروناً بكلمة على فيقال زناات على الجبل ولا يخفى انه مما يمنع بل يقال زناات فى الجبل يعنى صعدت ذكره فى الجهره وقبرها والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس الا الصعود وهو بلغة فى بل الجواب منع أن ذ كر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع فى الجبل أى فى بعض بطونه وعلى الجبل أى فوقه كما قد تقع على سطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قريضة مانعة من ارادة الفاحشة فبقى الاحتمال بحاله وترجى ارادة الفاحشة بقريضة حال السبب والمخاصمة (ولو قال زناات على الجبل) والباقي بحاله أى فى حال الغضب (قيل لا يحسدنا قلنا) آتفان ذ كر لفظه على تعين كون المراد الصعود (وقيل يحسد) للمعنى الذى ذكرناه وهو حالة الغضب والسبب وهو الوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحاله الغضب أن فى حالة الرضا لا يجب الحد ولا يجب بالشك بل لا داعى فالظاهر عدم ارادة السبب (قوله ومن قال لا تخريازانى فقال له لا تخريازانى أنت فانهم ما يحسدان) اذا طالب كل منهما الا تخريازانهم فاذا كان وذا طالب كل الا تخريازانهم ما طالب به عند الحاكم لزمه حينئذ حق الله تعالى وهو الحد فلا يتم كنه واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلاً يا خبيث فقال له بل أنت تكافأ ولا يعزركل منهما الا تخريازان التعزيز لحق الاذى وقد وجب له عليه مثل ما وجب للادى تخريزاً فقاماً كونه الاول فاذا فظاهاً وأما الثانى فلان معناه لا بل أنت زناان ولذا لو كان المحبب عبد احدثه وخاصة لانه قاذف بقوله بل أنت والحروان كان قاذفاً أيضاً لكن لا يحسد بقذف العبد قال المصنف (اذهى) يعنى بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعنى فى التراكيب الاستعمالية فيصير الخبر المذكور فى الاول أى فى التراكيب الاول اذا كان خبرياً (مذكوراً فى الثانى) فاذا قال زيد قام زيد لا بل عمرو فقد وضع خبراً فى التراكيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر والمتقدم خبراً عنه ولم يرد بالاول لفظ يازانى بل هو اعطاء الظاهر معنى أى هى كما ذكرنا واذا كانت كذلك فيصير واصفاً للمتكلم الاول بما وصفه به وأخبر عنه به معنى لان يازانى فى معنى أدهوك وأنت زناان (قوله ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدث المرأة خاصة) اذا توافعا (وللعان لانها فاذا كان وقذف الرجل زوجته بوجوب اللعان وقذفها اياه بوجوب الحد عليها) والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفى

قوله تعالى فكأنما صعد فى السماء حقيقة ما نوى ان لم يثبت يورث الشبهة (قوله وذ كر الجبل انما يعين الصعود مراداً اذا كان مقروناً بكلمة على) فان قيل فى نفي معنى على قال الله تعالى ولا صلبنكم فى جسود

بكلمة على الا فى حالة غير السبب فليتأمل (قوله واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور الى قوله وما نستعبر أصلاً) أقول الاعتراض لا تقضى الا أنه يجوز أن يقال قوله يازانى يتضمن معنى قوله أنت زناان فراده بالخبر المذكور فى الاول هو الخبر المذكور ضمننا بل نقول ليس مراد القا بل حقيقة النداء بل الحكم عليه بانه زناان فهو مستعمل فيه بقريضة الحال فلا شك (قوله غاية ما فى الباب ان اللعان الخ) أقول كما مر فى

الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتيالا للبرء اللعان الذي هو بمعنى الحد وقوله (ولو قالت زنت بك) يعني في جواب قوله لها يا زانية (وانعدامه) أي انعدام التصديق من الزوج وقوله (ويحتمل انهما أرادتا زنا ما كان معك بعد النكاح) اعترض عليه بان الوطء بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح مجازا ولا يجب بان الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاككة كافي قوله تعالى بل يدها مبسوطتان حملها على ذلك التركيب فرط غيظها باطلاق تلك الحكمة وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجهها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة في حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفي حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فوق الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان قوله (لانه) أي اللعان (حد ضروري صيراليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية

باب اللعان قال المصنف (وهو المراد في مثل هذه الحالة) أقول أي يجوز ارادته وانما قال لدفع ما عسى يقال انه لا يحال لثالث الارادة لان ما كان معه بعد النكاح وطء حلال ليس زنا

بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه أصلا فيجوز للدعوى اذا اللعان في معنى الحد (ولو قالت زنت بك فلا حد ولا لعان) معناه قالت بعدما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انهما أراأت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انهما أرادتا زنا ما كان معك بعد النكاح لاني ما كنت أحد غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا (ومن أقر بولد ثم نقاه فانه يلعن) لان النسب لزمه باقراره بالنفي بعده صار قاذفا فيلعن (وان نقاه ثم أقر به حد) لانه لما كذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صيراليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف

تقديم أحدهما اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدعوى واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لانها تصبح محدودة في قذف واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لانه شهادة ولا شهادة للحدود في القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجري على الملائنة ولهذا لو قال لها يا زانية بنت الزانية فخاضته الام فسد سقط اللعان لانه شهادة فلو خاصمت المرأة أولا لعن القاضي بينهما فاذا خاصمت الام بعد حد القذف فقد من اللعان الذي هو في معناه (ولو) كانت (قالت) في جواب قوله يا زانية (زنت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لانه يحتمل انهما أرادتا الزنا قبل النكاح) فتكون قد صدقت في نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقد صدقت حيث نسبته الى الزنا ولم يصدقها عليه وهذا معنى قوله (وانعدامه منه) أي انعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان (ويحتمل انهما أرادتا زنا ما كان منكم كيني اياك بعد النكاح) وهذا كلام يجري بين الزوجين في العادة يجري مجازا المشاككة مثل قوله وجزاء سيئة سيئة مثلها فان فعلها معه بعد الزوجة ليس زنا كان الجزاء ليس سيئة ولو كان أطلق عليه اسم المشاككة حين ذكر معناه وعلى هذا لا حد عليه لانها لم تقذفه ويجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم بتعين أحد التقديرين بعينه متعذر فوق الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك وهذا معنى قوله (فجاء ما قلنا) أي من أنه لا حد ولا لعان ولولا أن مثل قولها ما علم الوقوع من المرأة على كل من القصد من عند ابتداء اياها بالاغتاط لوجب حدها البتة عينها بقذفها اياه اذا النسبة الى الزنا تنصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعي في مسئلة الكتاب أن تحلف الزوجة انهم لم يردا الاقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفي بيمين واحدة في وجهه وعلى الزوج الحد دونها لان هذا منهن ليس اقرارا صحيحا بالزنا بقولنا قال أحد ولو ابتدأت الزوجة قفقا لتلز وجهها زنت بك ثم قذفها الزوج لاحد عليه ولا لعان وهذا ظاهر (قوله) ومن أقر بولد ثم نقاه فانه يلعن فان النسب لزمه بانراؤه بالنفي بعده صار قاذفا وزوجه جتسه فيلعن (وان نقاه أولا ثم أقر به قبل اللعان يحد لانه لما كذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفيه للولد (لان اللعان حد ضروري صيراليه ضرورة لثكاذب) بين الزوجين في زنا الزوجة (والاصل فيه) أي في اللعان ما هو الا (حد القذف) لانه قذفها

النخل أي علمنا الحق انهما على حقيقة التمكن المصوب في الجذع ثم كن السكان في الظرف فيه فان قيل الكلام فيما اذا ادعى ارادة الصعود بالارادة وترك حقيقة الكلام الى ما يحتمله ولا خفاء في الاحتمال قلنا لما ثبت أن ظاهره للفاحشة كان قذفا حقيقة وقد دعوى المجاز غير مسموع عنه كقولنا زنت وقال عنت به الزنا فيما دون الفرج ولو قال زنت على الجبل قبل لا يجب لمساقلنا اشارة الى قوله اذا كان مقر ونا بكه على وقيل يجب للمعنى الذي ذكرنا اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا (قوله زنا ما كان معك بعد النكاح) أي ما قبل لفظ الزنا على الوطء الحلال على طريق المشاككة كافي قوله تعالى فاعتدوا عليه عمل ما اعتدى عليكم لاعلى تحقيق الزنا فعلى هذا لا تكون مصدقة لزوجهها فعلى هذا الاعتبار يجب اللعان (قوله فجاء ما قلنا)

(وإذا بطل التكاذب) بما كذاب الرجل نفسه (بصار إلى الأصل والولد ولده في الوجهين) أي في الوجه الذي أقدمت في وعكسه قوله (لاقرار به سابقاً  
أولاً حقاً) أي لاقرار الزوج بالولد سابقاً على النفي فيما إذا أقدمت في أولاد حقاً فيما إذا انقضاء ثم أقرب به وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب)  
جواب عما يقال إن سبب اللعان هنا هو نفي الولد قبل ما ينتف الولد وجب (١٠٣) أن لا يجزى بينهما اللعان لأن شرط لان المتضمن

يقضي بطلان المتضمن  
ووجهه أن قطع النسب ليس  
من ضرورة اللعان فاعتبر  
كل واحد منهما أي من  
نسبه إلى الزنا ومن نفي الولد  
منفصل عن الآخر فصارك أنه

نسبه إلى الزنا من غير نفي  
الولد بان قال يازانية توفية  
اللعان فكذا هي هنا لا ترى  
أنه إذا تطاولت مدة ولادة  
منكو حقه على حسب  
ما اختلغوا فيه ثم قال ليس  
بأنه يلاع مع من سبب  
اللعان نسق الولد لم ينتف  
الولد لانه صارت له قوله أنت  
زانية قوله (وان قال ليس  
بأنه يلاع يلاع يلاع) ظاهر وقوله  
(أو قذف الملاعة بولد)  
بغض العين كذا نقله صاحب  
النهاية بخط شيخه ويجوز  
أن يكون بكسر العين ومعناه  
التي لا عنت بولد كذا في  
الكافي وقوله (ولد) يصل  
بالملاعة وقوله (فغات  
العفة نظرا إليها) أي إلى  
أماره الزنا (وهو) أي العفة  
وذكره نظرا إلى قوله شرط  
ومعناه العفة شرط وجوب  
حد القذف على القاذف  
وهي فائتة فلا يجب الحد

قال المصنف (واللعان  
يصح بدون قطع النسب كما  
يصح بدون الولد) أقول في

فإذا بطل التكاذب بصار إلى الأصل وفيه خلاف ذكرناه في اللعان (والولد ولده في الوجهين لاقرار به  
سابقاً وأولاً حقاً) اللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (وان قال ليس بأنه يلاع يلاع يلاع) لاقرار به سابقاً  
لعان) لأنه أنكر الولادة وبه لا يصير قاذفاً (ومن قذف امرأة ومعهما أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعة  
بولد والولد حي أو قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه) لقيام أماره الزنا منها وهي ولادة ولده لأب له فغات العفة  
نظرا إليها وهي شرط الاحصان

(فإذا بطل) الخلف ببطلان (التكاذب بصار إلى الأصل) فيحد الرجل وقوله (وفي خلاف ذكرناه في  
اللعان) الذي ذكره في اللعان أنه إذا كذب نفسه بعد اللعان بنفي الولد وتغريق القاضي حده  
القاضي وحله أن يتزوجها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو تحريم مؤدوقه (والولد  
ولده في الوجهين) أي ما إذا أقرب بالولد ثم نفاها وما إذا انقضاء وأولاً ثم أقرب (لاقرار به سابقاً) فيثبت ولا ينتفي  
بما بعده (أولاً حقاً) في الثانية فيثبت به بعد النفي وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب الخ) جواب  
سؤال هو أن يقال إن سبب اللعان ليس إلا نفي الولد فان لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من  
ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب ألا يرى أنه لو نفاها بعد أن تطاولت المدة بعد الولادة فإنه يلاع ولا يقطع  
النسب (كما يصح بولد) أصلاً بان قذفها بالزنا ولا ولد فإنه يلاع ولا ولد هناك يقطع نسبه وأما أنه لو نفي نسب  
ولده امرأته لا يثبت أنه ينتفي النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصحيح لكن لا يدخل  
له في الجواب (قوله وان قال) أي الزوج الذي جاءت زوجه بولد (ليس بأنه يلاع يلاع) لاقرار به سابقاً لأنه  
إذا أنكره ابنها (أنكر الولادة) فكان نفي كونه ابنه لنفي ولادتها يلاع ونفي ولادتها لا يصير قاذفاً لأنه أنكر  
للزنا منها (قوله ومن قذف امرأة ومعهما أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعة بولد والولد حي) وقت القذف  
أوميت (فلا حد عليه) أمالو قذف ولد الملاعة نفسه أو ولد الزنا فإنه يحد ولو أنه بعد اللعان ادعى الولد لحد أولم  
يحد حتى مات فيثبت نسب الولد منه فذهب بعد ذلك قذف غيره أو هو قبل موته حد ولا يحد الذي قذفها قبل  
تكذيب نفسه وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد ومن قذفها بعد  
ذلك يحد لانها خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج فرافعة وأقامت بينة أنه كذب نفسه حد لان  
الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم أو بما ينسب وجه عدم الحد في ذات الأولاد قيام أماره الزنا منها وهي  
ولادة ولده لأب له فغات العفة نظرا إليها أي إلى الامارة (وهي) أي العفة (شرط) واعلم أنه ان صح ما رواه  
الامام أحمد وأبو داود في حديث هلال بن أمية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يدعى ولدها  
لأب ولا يرى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه أحمد أيضاً من حديث عمرو بن شعيب  
عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاذين أنه يرث أمه وترثه أمه ومن رماها به جلد

أي وقوع الشك في الحد واللعان فبطل (قوله واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) جواب  
لما قلنا لا يجب اللعان ينسب أي أن يقطع النسب أي ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينسب عنه  
وجودا وعدهما لا ترى أنه إذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفي يلاع بينهما ولا ينقطع نسب الولد  
ولو نفي نسب ولده من امرأته الامسة ينتفي النسب ولا يجزى اللعان (قوله فغات العفة نظرا إليها) أي  
ولادة ولده لأب له ولو قذف امرأة لا عنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام أماره الزنا فان قيل اللعان في جانبها قائم

السكافي و ينتفي النسب بدون اللعان كقولنا في نسب امرأته الامسة ينتفي النسب ولا يجزى اللعان انها فنك اللعان عن قطع النسب وجودا وعدهما  
(قوله على حسب ما اختلغوا فيه) أقول كما سرفي باب اللعان (قوله ومعناه التي لا عنت بولد كذا في السكافي) أقول يعني في السكافي لنفسه (قوله  
ومعناه الجمعة شرط وجوب الحد الخ) أقول لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية



والاصل فيه أن من وطئ وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه وإن كان محرما لغيره  
يحد لأنه ليس زنا فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذلك الوطء في الملك والحرمة مؤبدة فإن  
كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع أو بالحديث  
المشهور لتكون ثابتة من غير تردد (ويبانه أن من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينهما وبين آخر فلا حد  
عليه) لانعدام الملك من وجه

أوجب الحد على من رمى المحصنات وفي معناه المحصنين وبالزنا لا يبق الإحصان فريمه رمي غير المحصن ولا  
دليل لوجب الحد فيه نعم هو محرم وأذى بعد التوبة فيعز (والاصل) فيما يعرف به الوطء المحرم الذي  
يسقط الإحصان والوطء المحرم الذي لا يسقطه (أن من وطئ وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه) على  
قافذه (لأن الزنا هو الوطء المحرم لعينه) فإذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قافذه فلا يكون فرية وهو الموجب  
للحد (وإن كان) وطئ وطأ (محرما لغيره يحد) قافذه لأنه وإن كان محرما ليس بزنا إذا عرف هذا فالحرمة  
(لعينه هو الوطء في غير الملك من كل وجه) كوطء الحرة الأجنبية والمكرهة أعني أن الموطوءة إذا كانت  
مكرهة يسقط إحصانها فلا يحد قافذها فإن الأكره يسقط الأثم ولا يخرج الفعل به من أن يكون زنا  
فلذا يسقط إحصانها كما يسقط إحصان المكره الواطئ ذكره في المبسوط وأمة غيره (أو من وجه) كالامة  
المشتركة بين الواطئ وغيره وكذلك الوطء في الملك والحرمة مؤبدة كوطء أمة التي هي أخته من الرضاع  
ولو كانت الحرمة مؤقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطء أمة الاختين أو الزوجة في حالة الحيض  
أو النفاس فالحرمة لغيره (وأبو حنيفة يشترط) في ثبوت حد القاذف للواطئ في الحرمة المؤبدة (كون تلك  
الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع) كوطء أمة بالنكاح أو بملك اليمين فلوترزجها الابن أو ابنتها فوطئها  
لا يحد قافذه وكذا إذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقد أو جمع بين أختين ووطء ملك عمن أو نكاح  
أوبين امرأة أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعها في العقد فوطئ الأمة فلا حد على قافذه بخلاف  
ما لو نظر إلى داخل فرج امرأة أو مسها بشهوة بحيث انتشر معه ذكره ثم تزوج بنتها أو أمها أو ابنتها  
فوطئها حد قافذه عند أبي حنيفة وهو قول الأئمة الثلاثة ولا يحد عندهما لتأيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف  
كما لو اشترى مربية أمة فوطئها فيسقط إحصانها وحرمة المصاهرة بالزنا تختلف فيها بين العلماء وأبو حنيفة إنما  
يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان ثبت بقياس أو احتياط كما ثبت بالنظر إلى الفرج والنسب  
بشهوة لأن ثبوتها للأمة السبب مقام السبب احتياطاً فهي حرة ضعيفة لا ينتفي بها الإحصان الثابت بيقين  
بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الأب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فلا يعتبر  
الخلاف فيها مع وجود النص وكذلك الوطء الأب جارية ابنه مسقط للإحصان وقوله (أو بالحديث المشهور)  
مثاله حرم وطء المنكوحة للأب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لا نكاح إلا بشهود وثالث  
يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرم وطء أمة التي هي خالته من الرضاع أو عمة لقوله عليه الصلاة والسلام  
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (قوله بانه) شروع في تغريم فروع أخرى على الأصل (إذا قذف رجلا  
وطئ جارية مشتركة بينهما وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه) فالقاذف صادق من وجه فيندرى

أو امرأته وهي حائض أو مكاتبه فلا يسقط إحصانه لأن الوطء وإن كان حراماً إلا أنه في ملكه (قوله فالوطء  
في غير الملك من وجه) كوطء الجارية المشتركة أو من كل وجه كوطء الأجنبية وانما تساوي في حق سقوط  
الإحصان لأن حد القذف عقوبة يسقط بالشبهة فيصير الزمان وجه شبهة مانعة وجوبه كما يصير عدم الزمان  
وجه شبهة مانعة وجوب حد الزنا (قوله والحرمة مؤبدة) كامة التي هي أخته رضاعاً (قوله وأبو حنيفة)  
رحمه الله يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالإجماع) كوطء الأب بملك النكاح أو بملك اليمين ثم  
اشترائها ابنه فوطئها لا يحد قافذه أو بالحديث المشهور كحرمة وطء المنكوحة للأب وهو دافع حرمتها ثابتة

لأن الزنا هو الوطء المحرم  
لعينه (وأبو حنيفة شرط  
أن تكون الحرمة المؤبدة  
ثابتة بالإجماع) كوطء  
الأب بعد ملك النكاح أو  
ملك اليمين إذا اشترائها ابنه  
فوطئها لا يحد قافذه (أو  
بالحديث المشهور) كحرمة  
وطء المنكوحة بلا شهود  
فانما ثابتة بقوله صلى الله  
عليه وسلم لا نكاح إلا  
بالشهود وهو مشهور روي  
النوع الثاني يحد لأن  
الحرمة فيه يعارض على وجه  
الزوال ألا ترى أن المجوسية  
إذا أسلمت أو أخرج إحدى  
الاختين عن ملكه حل له  
الوطء فلم يكن زناً فيحد قافذه

(وكذا اذا قذف امرأه زنت في نصرانيتها) لتحقق الزنا منها شرعاً لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد (ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي بجوسية أو امرأته وهي حائض أو مكاتبته فعليه الحد) لان الحر متعمق قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيبه فلم يكن زناً وعن أبي يوسف أن وطء المكاتبية يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيبه ذهبي مؤقتة (ولو قذف رجلاً وطئ أمته وهي أخته من الرضا لا يحد) لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح (ولو قذف مكاتبات وتول وفاء لاحد عليه) لتكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف العصابة

الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة في الاقرار والاول لا يعمل ههنا فانه لم يقارنه بل وقع متاخراً والفرض ان بالاقرار تقر ربحاً آدمي لم تعمل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد تقر ربح آدمي لا ترفعها فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملاً في اسقاط الحد (قوله وكذا اذا قذف امرأه زنت في نصرانيتها) أو رجلاً زنت في نصرانيتها فانه لا يحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها بان قال زنت وأنت كافرة وكذا لو قال لعنت زنت وهو عبد زنت وأنت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت كسبية أو أمة فلا حد عليه لانه إنما أقرانه قذفها في حال ولعلمنا منه صريح القذف لم يلزم حده لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حد بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين من يبيت بقاء عليه الحد ولا حتى ان الكافر الحر في دار الحرب ثم أسلم فحذفه فلا يحد لان الزنا يتحقق منه وان لم يقيم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام لانهم دون حقيقة الزنا (ولو قذف رجلاً أتى أمته وهي بجوسية) أو امرأة أو المشتراة شراً فاسداً (أو امرأته وهي حائض) أو مظاهرها أو صائغة صوم فرض وهو عالم بصومها (أو مكاتبته فعليه الحد) لان الشراء القاسد يوجب الملك بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه ملك فلذا يسقط احصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه (لان الحرمة) في كل من هذه التقادير (مؤقتة) مع قيام الملك فكانت فيها الغيرة فلم يكن زناً لان الزنا ما كان بلاملك قال تعالى الاعلى أزواجهن أو ما ملكن أي ما كنهم فانه غير ملومين (وعن أبي يوسف أن وطء المكاتبية يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزم السيد العقر) لها ولو بقي الملك شرعاً من وجه لما لزمه وان حرم كوطء أمته الجوسية والحائض ونحن نقول ان قلتم ان ملك الذات اتفق من وجهه كالمشتركة ممنوع وان عنيتم ان ملك الوطء اتفق سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالامة الجوسية فثبت ان الحرمة لغيبه ذهبي مؤقتة ووجوب العقر لا يدل على سقوط الاحصان كالأهمل اذا وطئ أمته المراهونة وهي بكر يلزمه العقر ولا يسقط الاحصان فذكره في البسوط (ولو قذف رجلاً وطئ أمته وهي أخته من الرضا لا يحد لان الحرمة مؤبدة) وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي فانه يقول بوطئها لا يسقط الاحصان وهو قول مالك وأحمد والشافعي ورحمهم الله لقيام الملك فكان كوطء أمته الجوسية توجه الصحيح أن الحرمة في الجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة أما حرمة الرضا لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحلل قابلاً للمحل أصلاً فكيف يجعل لغيره (قوله ولو قذف مكاتبات وتول وفاء لاحد عليه لتكن الشبهة) في شرط الحكم وهو الاحصان لاختلاف العصابة في أنه مات حراً أو عبداً فاورث شبهة في احصانه وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف بين من يعتبر الحرية من الاحصان

بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لانكاح الابشهود وهذا الحديث مشهور وذكره في الفوائد الظهيرية لان التخرج المأبدين في ملك المتعة وان لم ينأف ملك الرقبة فيصير الوطء واقعا في غير الملك من وجه فيصير زناً من وجه (قوله والحرمة لغيره) وهو قيام حقه في اليد (قوله اذهبي مؤقتة) أي منقضية بغسل الكتابة أو بالعجز (قوله ولو قذف رجلاً وطئ أمته وهي أخته من الرضا لا يحد لان الحرمة مؤبدة) وهذا هو الصحيح وذكر الكرخي رحمه الله أنه لا يسقط به الاحصان لان الفعل حرم مع قيام الملك المبيع فصار كالامة المزوجة والصحيح هو الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمة في ضرورة ثبوت الحرمة مؤبدات انتفاء

وبقية كلامه ظاهر وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي فانه يقول بوطئها لا يسقط احصانه لان حرمة الغسل مع قيام الملك الذي هو المبيع لا يسقط احصانه كوطء امرأته الحائض أو الجوسية أو التي تظاهر منها أو الحرمة أو أمته التي زوجها وهي في عدة من غيره لان ملك الحل قائم ببقاء سببه ووجبه ظاهر الرواية أن بين الحل والحرمة تنافياً فمن ضرورة ثبوت أحدهما يفتني الآخر والحرمة المؤبدة ثابتة فثبت في الحل وقوله لان ملك الحل قائم ببقاء سببه قلنا السبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له واذا لم يكن المحلل قابلاً للحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعليه في معنى الزنا وقوله (لمكان اختلاف العصابة) يعني في



أنه مات حراً وتعبداً على ما يجيء في كتاب المكاتب إن شاء الله تعالى وقوله (وقد مر في النكاح) أي في باب نكاح أهل الشرك وقوله (فقد فسد) جواب ظاهر الرواية وعلى قول أبي حنيفة وأولاده لا يبعد لأن الغلب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا وجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (لأن هذه شهادة استغادها بعد الإسلام فلم تدخل تحت الرد) رداً عنه استغاد أهلية الشهادة على المسلمين فاما على أهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وقد صارت مجرورة بقائمة (١٠٧) الحد عليه وأوجب بانه ليس كذلك بل استغاد بالاسلام أهلية الشهادة على أهل الذمة تبعاً لأهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كانت حين أقيم عليه الحد فإن تلك كانت بطريق الاصل على أهل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فإن أهلية الشهادة على الأشرف تقتضي أهليتها على الأخس ولعائلاً أن يقول سلمنا وجود مقتضى لكن المانع وهو الرد أو لا موجود وقوله (بخلاف العبد) جواب عما يقال العبد إذا قذف فضرر الحد ثم أعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر إذا أسلم وكلامه ظاهر واعتراض بان المعقول هنا انعكاس حكمهم لانهما كانا كالكافر شهادة في جنسه يجب أن ترد شهادته بعد القذف ثم يباح الحد القذف ثم يدوم ذلك الرد إلى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة في شيء أصلاً فإنه قد اُخذ حال وجوده موجباً لرد الشهادة فكيف ينقلب موجباً للرد بعد ذلك والجواب أن شهادته التي كانت في جنسه مردودة بعد القذف قبل الاسلام

(ولو قذف مجوساً تزوج بامه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة وقالوا لا حد عليه) وهذا بناء على أن تزوج المجوسى بالمحرم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافاً لهم ما وقد مر في النكاح (واذا دخل الحر في دارنا بامان فقتل مسلماً أحد) لأن فيه حق العبد وقد انتمز ايضاً حقوق العباد ولانه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزماً أن لا يؤذى وموجب اذا هالحد (واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب) وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات (واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة) لأن له الشهادة على جنسه فترد تنبته لحد (فان أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لأن هذه شهادة استغادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له أصلاً في حال الرق فكان

(قوله ولو قذف مجوساً تزوج بامه الخ) يعني لو تزوج مجوسى بامه أو أخته أو بنته (ثم أسلم ففسخ نكاحهما فقد فسد مسلم في حال اسلامه يحد عند أبي حنيفة بناء على ما مر من أن أنكحهم لها حكم الصحة عند أبي حنيفة (وقال لا يحد) بناء على أن ليس لها حكم الصحة وقولهم ما قول الأئمة الثلاثة وقد مر في كتاب النكاح في باب نكاح أهل الشرك (قوله وإذا دخل الحر في دارنا بامان فقتل مسلماً أحد) لأن فيه حق العبد وقد انتمز ايضاً حقوق العباد ولانه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزماً بالضرورة أن لا يؤذى وفي بعض النسخ طمع أن لا يؤذى فكان ملتزماً موجب إذا هالحد (قوله وإذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب) عندنا لأن رد شهادته عندنا من تمام حده خلافاً للشافعي رضي الله عنه فعنده تقبل شهادته اذا تاب كالنائب من الشرب وغيره من المعاصي (وهي) خلافية (تعرف في الشهادات) ان شاء الله تعالى (قوله وإذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة) وهذا لأن له الشهادة على جنسه على ما عرفت عنده نأورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم (فاذا أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لأن هذه شهادة استغادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد) لأن النص يوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وليست هذه تلك فلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو اراد المحدث ثم أسلم لا تقبل شهادته لانه صار مردوداً الشهادة أبداً والردة ما زادته الاشرافاً لاسلام لم تحدث له شهادة بخلاف الكافر الأصلي ولهذا قبلت مطلقاً على أهل الاسلام وغيرهم وبه اندفع ما قيل ينبغي أن لا تقبل بعد الاسلام على أهل الذمة لانها كانت موجودة قبله وقد ردت بالقذف قلنا ان هذه أخرى نافذة على الكل لا على أهل الاسلام فقط وأعلى المسلمين وبتبعيته على الكفار وهذا بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم أعتق فإنه لا تقبل له شهادة أبداً لانه لم يكن له شهادة في تلك الحالة للرق وقد وجب الحد عليه وهو رد شهادته مع الحد فينصرف الى رد ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولعائلاً ان يقول ان مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة أو قائمة لانه تعالى قال فاجلدوه ثم ثمانين جلد ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً والحادثه شهادة واقعة في الابد فقتضى النص رد ما والحوادث ان النكاح يما في الوسع لم يثبت كلف رد شهادته والامتنال انما يتحقق بردها فقامت ان كانت والا فيما يحدث واذا كانت له شهادة قائمة فترد تحت الامتنال وتم فلو حدثت أخرى فلوردت كان بلام مقتض اذا لموجب أخذ مقتضاه

الحل والسبب لا وجب الحكم الا في محل قابل له فاذا لم يقبل المحل الحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا (قوله وقد مر في النكاح) أي في باب نكاح أهل الشرك من كتاب النكاح

وبعد والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام فلا ترد ولم نقل في العبد بان غير موجب انقلب موجباً وانما وقعنا في ايجابه الى حين

(قوله ولعائلاً أن يقول سلمنا الخ) أقول أنت خبير بان المردود ليس هذه الشهادة التي حدثت بعد حصول عدالة الاسلام (قوله فكيف ينقلب موجباً للرد الخ) أقول كسملوني في دار الحرب ثم خرج لم يحد وقد سبق (قوله مردودة بعد القذف قبل الاسلام وبعده) أقول فيه شيء اذ ليست تلك الشهادة بعد الاسلام حتى ترد (قوله والشهادة المقبولة الخ) أقول وسيجيء ان شاء الله تعالى في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل كلام

(وان ضرب سوطا في قذف) ظاهر واعتراض بان المقام بعد الاسلام ان كان بغض الحد فالمقام قبل الاسلام كذلك فكما لا يكون رد الشهادة صفة لما اقيم بعد الاسلام فكذلك لا يصلح ان يكون صفة لما اقيم قبل الاسلام بل جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام أولى لما أن العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الأخير على ما عرف في موضوعة الجواب أن لم نجعل الرد صفة للمقام قبل الاسلام ولا للمقام بعده وانما قلنا ان الرد صفة للحد والحد شأنون ولم يوجد فلم ترتب التهمة وقيل في الجواب النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة وكل واحد منهما غير مرتب على الآخر نصا فيعلق كل واحد منهما بما يمكن والممكن زمان النهي رد شهادة قائمة للحد فيقتضيه (ومن أبي يوسف أنه ترد شهادته والاقل تابع للحد كثر) فكان الشكل وجب بعد الاسلام وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا (والاول أصح) لما ذكرنا أن النص ورد بالامر بالحد والنهي عن قبول الشهادة الخ (وقوله ومن قذف أو زنى الخ) ظاهر

متعلق بالمقام (وقوله وقيل في الجواب الخ) أقول جواب تسليم كون الرد صفة للمقام قبل الاسلام ثم لا يخفى أن هذا الجواب غير مناسب لما في الهداية فتأمل

رد شهادته بعد العتق من تمام حده (وان ضرب سوطا في قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته) لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له (أي الحد) والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته اذا اذلل تابع للحد كثر والاول أصح قال (ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو ولذلك كله) (قوله وان ضرب) يعني الكافر (سوطا) حد (قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته) لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له (أي الحد) والمقام بعد الاسلام بعض الحد) وبعض الشيء ليس هو ذلك الشيء فلم يكن رد الشهادة صفة له (وعن أبي يوسف أنه ترد شهادته اذا اذلل تابع للحد كثر والاول أصح) لما ذكرنا وعرف أنه لو اقيم عليه الا كثر قبل الاسلام ثم أسلم وأقيم الباقي تقبل شهادته عند أبي يوسف أيضا وأورد عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام فينبغي أن لا يكون صفة وأيضاً جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام أولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر واجب بان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن القبول وليس أحدهما مرتباً على الآخر فيعلق بفعل كل منهما ما يمكن والممكن رد شهادة قائمة للحد فيقتضيه النهي به وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة بل هو تقرر برأى آخر وأصل هذا ما ذكر في الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلاً ثم قال والحد لا يتجزأ فسادونه يكون تعزيراً لا حداً والتعزير غير مسقط للشهادة قال وفي هذه المسئلة عن أبي حنيفة ثلاث روايات احدها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا اقيم عليه أكثر الحد سقطت شهادته اقامة للحد كثر مقام الشكل وهي التي ذكرها المصنف عن أبي يوسف والثالثة اذا ضرب سوطاً واحداً سقطت قال وهذه الروايات الثلاث في النص اني اذا اقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ما ذكر في الجامع الصغير (قوله ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو ولذلك كله) سواء قذف واحداً مراراً أو جماعة بكلمة كقوله أنتم زناة أو بكلمات كأن يقول يا فلان أنت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحداً منهم فادعى وحد ذلك ثم حضر آخر فادعى أنه قذف لا يقام اذا كان بقذف قبل أن يحد لان حضور بعضهم للغصومة كحضور كلهم فلا يحد نائياً الا اذا كان بقذف آخر مستأنف وحكى أن ابن أبي ليلى سمع من يقول لشخصين يا ابن الزانيةين هذه حدين في المسجد فبلغ أبا حنيفة فقال يا لعجب لقاضي بلدنا أن خطا في مسألة واحدة في خمسة مواضع الاول أخذه بدون طلب المقذوف والثاني أنه لو عاصم وجب حد واحد والثالث أنه ان كان الواجب عنده حدين ينبغي أن يترتب بينهما يوماً أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس ينبغي أن يتعرف ان والده في الاحياء أو لافان كانا حينئذ فالحصومة لهما ما والا فالحصومة للابن ومن فروع التساؤل أنه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطاً ثم قذف قذفاً آخر لا يضرب الا ذلك السوط الواحد للتدخل لانه اجتمع الحدان لان كل الحد الاول بالسوط الذي بقي وسنذكر منه أيضاً في فروع نختتم بها وقوله (غير مرة) يتعلق بكل واحد من الثلاثة أي من زنا غير مرة أو شرب غير مرة أو قذف غير مرة فحد مرة فهو ولذلك كله مما سبق منه وعند الشافعي ان قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وان قذفهم بكلمات أو قذف واحداً مرات بزناً

(قوله وان ضرب سوطاً الخ) أجمع العلماء على القبول اذا حد القذف قبل الاسلام وأجمعوا على عدم القبول اذا حد بعد الاسلام أما اذا اقيم بعض الحد قبل الاسلام وبعضه بعده فقد قال أبو حنيفة رحمه الله ينظر الى حال اكمل الحدان ضرب في كفره تسعة وسبعين سوطاً وبعد الاسلام واحد لا تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد فينظر الى حال اتماهما لانه عند ذلك يصير حد آخر جاع وقال ان اقيم أكثر بعد الاسلام لا تقبل اذا اقل تبع للحد كثر فصار كان الشكل وجب بعد الاسلام فلا تقبل وهكذا ويضرب ما بقي من أبي يوسف رحمه الله ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان ما كان له من الشهادة لم يعط لضرب البعض لان الرد تمة الحد فلا بد من وجوده ليكون الرد تمة له وما حدث له من الشهادة بالاسلام لم يرد أيضاً لهذا المعنى فلماذا تقبل شهادته على أهل الاسلام وأهل الذمة (قوله والاول أصح) لان بعض الحد لا يكون حداً ولهذا لا يضرب تسعة وسبعين سوطاً لترد

أما الأول فلان المقصود من إقامة الحد حقا لله تعالى الزنا واحتمال حصوله بالأول قائم فيمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وسرق وشرب لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقا بما قال الشافعي إن اختلف المقذوف أو المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لأن المغلب فيه حق العبد عندنا

آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيما كان ويقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد ومطامير وأحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آتيا واحتمالان مقتضى الآية ترتيب الحكم على الوصف المشعر بالعيب فيذكره على ما عرف وفي الجديد للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولا نهى آدمي ولنا إذا ذكر من قوله (أما الأول) وهو كل من الزنا والشرب (فلان المقصود من إقامة الحد حقا لله تعالى الزنا) فإن قيل يمكن المستقبل (واحتمال حصوله) بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد (قائم فتممكن شبهة فوات المقصود في الثاني) والحدود تدرأ بالشبهات بالإجماع بخلاف ما إذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لثبته بقا بعد عدم انزاجه بالأول والجواب عما استدل به أن الإجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرار وعند التكرار بالثبوت الواقع بعد الحد الأول بل هذا ضروري فانك علمت أن الخطاب بالأقامة في قوله فاجلدوهم الآية لا يتعلق بهم هذا الخطاب إلا بعد الثبوت عندهم فكان النص إيجاب الحد إذا ثبت السبب عندهم أعم من كونه بوصف الكثرة أو القلة فإذا ثبت وقوعه منته كغيره كان موجبا للحد مرة أو ثمانين ليس غير فإذا جاز ذلك وقع الامتثال ثم هو أيضا ترك مقتضى التكرار بالتكرار فيما إذا قذف واحد مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فإنه لا يجده مرتين وفي حد الزنا والشرب فالحق أن الاستدلال به بالآية لا يخلص فإنه يلجئ إلى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود إلى أن هذا حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبنى إثبات أنه حق الله تعالى وأحق آدمي فإذ ذكر المصنف أن قصص وأصوب وقوله (وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بهم) لأحاجة إلى الحاقه بل عين الدليل المذكور يجري فيه وهو أنه حد من حد حقا لله سبحانه وتعالى لمقصود الزنا من الأعراض فثبت أنه شبهة إلى آخر ما ذكره حق العبد في الخصومة فيه دون غيره ليس غير (قوله وهذا بخلاف ما إذا زنى وقذف وشرب وسرق) ثم أخذ يعني وثبتت الأسباب عند الحد كما يجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من أسبابها فإن المقصود من حد الخمر صيانة العقل ومن حد الزنا صيانة الأنساب ومن حد القذف صيانة الأعراض وثبت كل خطاب يخصه فلو حددنا في الخمر والقذف حد واحد أعطلنا نصا من النصوص عن موجبها (فروع) \* ثبت عليه بأقراره الزنا والسرقه والشرب والقذف وفي عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لأنه محض حق العبد ثم إذا برئ أخرجه فحد القذف لأنه مشوب بحقه فإذا برئ فالأمام بالخيار أن شاء بدأ بحد الزنا وإن شاء بحد السرقة لأن كلا حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى ويجعل حد الشرب آخرها فإنه أضعف لأنه بما لا يتلى وتقدم قول علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وكما أقام عليه جسد اجسسه حتى يبرأ لأنه لو حلى سبيله رجما يهر بفيصير الإمام ضية للعبد وهو منهي عن ذلك وإن كان محصنا اقتص

شهادته ولو كان لا كثر قائم مقام السبيل لردت شهادته (قوله لأن المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر) فحد الزنا لصيانة الأنساب وحد السرقة لصيانة الأموال وحد الشرب لصيانة العقل وحد القذف لصيانة الأعراض فلا يتداخل (قوله وقال الشافعي رحمه الله إن اختلف المقذوف) بأن قذف غير الأول أو المقذوف به بأن قذف الأول بزنا آخر لا يتداخل وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال يا أيها الزناة أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ويا عمر وأنت زان ويا خالد أنت زان لا يقيم عليه الحد واحد عندنا وعند الشافعي رحمه الله إن قذفهم بكلام واحد كذلك الجواب وإن قذفهم بكلمات متفرقة بحد لكل واحد منهم

وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بأن قال يا أيها الزناة أو كلمات متفرقة بأن قال يا زيد أنت زان ويا عمر وأنت زان ويا خالد أنت زان لا يقيم عليه الحد واحد عندنا وعند الشافعي إن قذفهم بكلام واحد كذلك الجواب وإن قذفهم بكلمات متفرقة بحد لكل واحد منهم لأنه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التدخل عند اختلاف السبب وعندنا أن المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيرى فيه التدخل كسائر الحقوق

منه في العين وضربه حد القذف ثم وجه لان حد السرقة والشرع بحض حق الله تعالى ومنى اجتمعت الحدود  
لحق الله تعالى وفيها قتل نفس وتزني ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس والمغني أن المقصود  
الزجر له وبغيره وأتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاستغفار عما دونه لا يفيد إلا أنه ضمن السرقة ولو أتلفه لانه  
يجب عليه بالاحذوا بما سبق لضرورة القطع ولم يوجد فلذلك يضمنه فيؤمر بإيقاعها من تركه ولا يقام حد  
في المسجد ولا قود ولا تعزير ولكن القاضي أن أراد أن يقام بحضره يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة  
والسلام في الغامدية أو بيعت أميئة كما فعل عليه الصلاة والسلام في ما عز ولا يستخلف في القذف إذا أنكره  
ولا في شيء من الحدود لانه يقضي بالنكول وهو ممتنع في الحدود لان النكول ما يبدل والبذل لا يكون في الحدود  
أو قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستخلف على سببهما  
ويستخلف في السرقة لأجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع لان حقيقة السرقة أخذ المال بقيد فيحلف  
على أخذ المال لأهل فعل السرقة وعنده نكوله يقضي بموجب الأخذ وهو الضمان كقولهم جلي وامرأتان  
بالسرقة ثبت الأخذ فيضمن ولا يقطع وإذا أقام المقذوف بينة بالقذف سألها القاضي عن القذف ماهو وعن  
خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد ينطوئه قذفا فلا بد من استفسارهم فان لم يزدوا على قولهم قذفه لا يحد  
وإذا شهدوا أنه قال يازاني وهم عدول حد فان لم يعرف القاضي عدلهم حبس القاضي حتى يزكو لانه صار  
متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفله على ما تقدم في الزنا فارجع اليه  
ولا تسقط في شيء من الحدود والقصاص في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول ولهذا يجيبه أبو حنيفة في قول  
أبي يوسف الآخر وهو قول محمد بن خزيمة الكفيل ولهذا لا يجيب عندهما في دعوى حد القذف والقصاص  
ولا خلاف انه لا تكفي بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجزى في إيقاعهما والمقصود من الكفالة  
اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الإيقاع وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود فاما أخذ الكفيل بنفس المدعى  
عليه فعند أبي حنيفة إذا زعم المقذوف أن له بينة حاضرة في المصر فكذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن  
يلزمه الى آخر المجلس فان أحضر بينة والاخلى سبيله وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلا بنفسه الى ثلاثة  
أيام وقلا حد القذف في الدعوى والخصومة تمثل حقوق العباد في أخذ الكفيل بنفسه نظرا للدعوى من  
حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وأبو حنيفة يقول هذا احتياط  
والحدود يحتاط في درمها في اثباتها وكان أبو بكر الرازي يقول مراد أبي حنيفة أن القاضي لا يجبره على  
اعطاء الكفيل فاما إذا سمحت نفسه فلا بأس لان تسليمه نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بنفس  
انما يطلب بهذا القدر فاما ان أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي بالعبد له فهو كالم لم يقم أحدا ولا يلزمه  
الا الى آخر المجلس فان كان ظاهر العبد له حبسه إذا قال ان له شاهدا آخر يومين أو ثلاثة هذا باعتبار استحسان  
وهذا كله عند أبي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس في الحدود وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه ولا يجيبه لان  
المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان على القذف في الزمان والمكان لا تبطل شهادتهما عند أبي حنيفة  
وجه الله وعندهما منع قبول الشهادة لانه انشاء سبب موجب للعقد فالتفق الشاهدان على سبب واحد

وهذا بخلاف ما ذكر في المناقمة والشرح لان الغلب فيه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند  
اختلاف السبب وعنده الغلب فيه حق الله تعالى وهو مشرع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحدود  
وكذلك ان حضر بعضها للخصومة ولم يحضر البعض فاقم الحسد بخصومة من حضر فعلى مذهبه إذا حضر  
القائب وخصم يقام الحد عليه لأجله أيضا وعنده لا يقام إذا علم أن قذفه بالزنا قبل اقامة الحد لان حضور  
بعضهم للخصومة كحضور جماعة ومما هو المقصود حصول وهو دفع العار عن المقذوف بالحكم بكنب  
القاذف وذكر في القوائد الظهريّة وقد حكى عن أبي حنيفة رحمه الله أن ابن أبي ليلى كان قاضيا بالكوفة سمع  
رجلا عند باب مسجده يقول لرجل آخر يا ابن الزانية فقال خذوه فاذروه وأدخلوه في المسجد فضر به  
حدين ثمانين ثمانين فاجبر أبو حنيفة رحمه الله بذلك فقال بالحسب من قاضي بلدنا فقد أخطأ في خمسة مواضع

لا يقضي به كلاً واختلافاً في اقراره بالقذف وانشائه له وأبو حنيفة يقول القذف قول قديكر وفيكون حكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافه في المكان والزمان كالطلاق والعناق وهذا هو القياس في الانشاء والاقرار الآتي استحسن هناك لأن حكم الاقرار بالقذف يختلف بحكم الانشاء بدليل أن من تزوج امرأة ثم أقر أنه كان قذفها قبل النكاح عليه الجحد ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها من العربية والفارسية وغيرهما بطالت شهادتهم لأن عند اختلاف اللغة يمكن الاختلاف في الصراحة ونحوها وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال يا ابن الزانية والآخر استلأ بك ولو شهد أحدهما أنه قذفه يوم الخميس والآخر أنه قذفه يوم الخميس لا يحسد ولا يقبل في إثبات القذف ككتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولو قال القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بينة تصدق قولي أجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير أن يطاق عنه و يقال له ابعث الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد إذا لم يكن له من باقي بهم أطلق عنه وبعث معه واحد من شرطه ليرده عليه وفي ظاهره راية لم يقتصر الى هذا لأن سبب وجوب الجحد ظهر عند القاضي فلا يكون له أن يؤخر الجحد لما فيه من الضرر وعلى المقذوف بتأخير دفع العار عنه والى آخر المجلس قليل لا يتضرر به كالتأخير الى أن يحضر الجحد وعن أبي يوسف يستأنى به الى المجلس الثاني لأن القذف موجب للحد بشرط تجزئه عن إقامة أو بعة والعجز لا يتحقق إلا بالإمهال كالمدعي عليه إذا ادعى طعن في الشهود وعمل الى المجلس الثاني وجوابه ما قلنا وعرف أنه لا يقبل منه إلا ببيعة فلو جاء بثلاثة حسد هو والثلاثة قال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم فان شهد رجلان أو رجل وامرأتان على اقرار المقذوف بالزنا يدرأ عن القاذف الحد وعن الثلاثة لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعينة فكأنما سمعنا اقراره بالزنا الآن المعتبر في الاقرار اسقاط الحد لإقامته لذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود ولو زنى المقذوف تبطل أن يقيم الحد على القاذف أو وطئ وطأ حراماً على ما ذكرنا وأردت سقط الحد عن القاذف ولو أسلم بعد ذلك لأن احصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند إقامة الحد وكذا إذا خرس أو عته ولكن لا لزوال احصانه بل لتسكن شبهة أنه لو كان ناطقاً صدقه ولا يلحق القاضي الشهود ما تتم به شهادتهم في الحدود \* (جنس آخر) \* تقدم ان قوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس لاحد عليه وهو من المبسوط وفي فتاوى قاضين قال أنت أزنى الناس أو أزنى من فلان عليه الجحد ولو قال أنت أزنى مني لاحد عليه ولو قال لها يا زانية فقالت أنت أزنى مني حد الرجل وحده ولو قال لامرأة ما رأيت زانية خير منك لاحد عليه وكذا لو قال لامرأة وطئت فلان وطأ حراماً أو فخر بك أو جامعك حراماً لاحد عليه وكذا إذا قال اخبرت أنك زانية أو أشهدت على ذلك ولو قال زنت وفلان معك يكون قاذفاً لها ما لان العادة أن لا معية حال الزنا فانصرف الى معية الفعل دون الحضور ومن قال لست لا بويك لا يكون قاذفاً وهو ظاهر لست لانسان لست لرجل لست قذفاً رجل قذف وله أو ولد له لاحد عليه ولو قذف أباه أو أمه أو أخاه أو عمه حد قال رجل قبل لفلان يا زانية فان قال الرسول للرسول اليه فلان يقول لك يا زانية لاحد على الرسول ولا على المرسل وان قال له يا زانية حد الرسول خاصة ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له ان يطالب بقذفه بعد ذلك ولو قال له يا ابن الحجام أو يا ابن الحائك لاحد عليه ولو قال لرجل يا بني لاحد عليه لانه تلتطف وكذا لو قال يا ابن النضراني أو يا ابن اليهودي وفي الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال في ميت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال أخرجه كرهه ست لم يحد لانه ليس

في مسئلة واحدة أما الاول فليس له أن يأخذ بالحد ما لم يتخاصم المقذوف والثاني أنه لو خاصم يجب حد واحد وان قذف ألف رجل يقتضي بحد واحد والثالث أنه ان كان الواجب عنده حسد من ينبغي أن يتر بص بين الحدين يوماً أو أكثر حتى يخف أثر الضرر الاول وهو قد والى بين الحدين والرابع أنه حد في المسجود قال عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وصل سيوفكم واقامة تعددكم وانشاد ضالككم والخاصم أنه قذف أو لدن حيث قال يا ابن الزانية وحيث ينبغي أن تعرف أنهم في الاحياء وفي الاموات فان كانا في الاحياء فالخصومة اليهما وان كانا في الاموات فالخصومة الى الابن والله أعلم بالصواب

﴿فصل في التعزير﴾ \* لما فرغ من ذكر الزواجر المقدرة الثابتة بالكتاب أو السنة المشهورة ذكر في هذا الفصل الزواجر التي دونها في القدر وقوة الدليل وهو التعزير وهو تاديب دون الحد وأصله من العز بمعنى الرد والردع والأصل في هذا أن من قذف غيره بكبيرة ليس فيه أحد مقدر يجب التعزير وقال في الفتاوى الظهيرية أعلم أن التعزير قد يكون بالحبس وقد يكون بالصفع وتعزيرك الأذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وقد يكون بنظر القاضي إليه وجهه حبوس ولم يذكر مجاز التعزير بأخذ المال

﴿فصل في التعزير﴾ \* قال الإمام الترمذ في شرح الجامع الصغير في آخرباب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب كل شيء صنعه الإمام ليس فوقه إمام مما يوجب الحد فلا حد عليه لأن الاستيفاء (١١٢) إليه ولا يمكن أن يستوفى من نفسه واستيفاء نائبه عنه كاستيفائه بخلاف

﴿فصل في التعزير﴾ \*

بإشارة إلى هذه الأفعال ولو قال ابن حبه كرهت فكذلك لأنه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وي ابن حبه كرهت كرهت يكون قذفاً ومعنى الأول فعل الكل ومعنى الثاني فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفي الفتاوى قال لرجلين أحدهما قتل فقتل له هذا هو الحد فقتل لا لا حد عليه لأن أصل القذف لم يقع موجباً ولو قال الجماعة كلكم وإن الواحد يجب عليه الحد لأن القذف فيه موجب للحد فكل لكل واحد إن يدعى مالم يعين المستثنى ومن فروع تدخل حد القذف ما ذكره المصنف في التعزير عيب قذف حرافة عتق قذف آخر فاجتمع ضرب ثمانين ولو جاء الأول فضر بأربعين ثم جاء به الآخر ثم جاء به الثمانين لأن الأربعين وقع له ما يبقى الباقي أربعين ولو قذف آخر قبل أن يأتي به الثاني تكون الثمانون له ما جاعل ولا يضرب ثمانين مستأنفاً لأن ما بقي تمامه حد الإضرار بخلاف أن يدخل فيه الإضرار وهذا ما وعدناه ولو قال لا ضرباً ولا يحد ولو قال يا قبيحة فإنه يعزر

﴿فصل في التعزير﴾ \* لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهي أوكد أتبعها التعزير الذي هو دونها في المقدار والدليل والتعزير تاديب دون الحد وأصله من العز بمعنى الرد والردع وهو مشروط بالكتاب قال الله تعالى فاعقلوهن واهجرهن في المضاجع واضربوهن فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً أمر بضرب الزوجات تاديباً وتهذيباً وفي الكافي قال عليه الصلاة والسلام لا ترفع عصاك عن أهلثور وروى أنه عليه الصلاة والسلام عز رجلاً قال لغيره يا نخث وفي المحيط روى عنه عليه الصلاة والسلام قال لو حسم الله امرأ علق سوطه حيث رآه وأوله وأقوى من هذه الأحاديث قوله عليه الصلاة والسلام لا يجلد فوق عشرين إلا في حد وسيأتي وقوله واضربوهن على تركها العشر في الصبيان فهذا دليل شرعية التعزير وأجمع عليه الصحابة والمعنى وهو أن الزوجين الأفعال السيئة كالتصير ملكات فيفحش ويستدرج إلى ما هو أجمع وأخس فهو واجب وذكر الترمذ في عن السرخسي أنه ليس فيه شيء مقدر بل مغفول إلى رأي القاضي لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيه ففهم من يفرج بالصحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة وإلى الضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس وفي الشافعي التعزير على مراتب تعزير الأشراف وهم العلماء والعامة بالاعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وكذا فيزجره وتعزير الأشراف وهم الأمراء والدةاهة بالاعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وكذا فيزجره وتعزير الأشراف وهم الأمراء والحسين وتعزير الأخسة بما ذكره بالضرب وعن أبي يوسف يجوز التعزير بالسلطان بأخذ المال وهنדהما

﴿فصل في التعزير﴾ \* هو تاديب دون الحد وأصله من العز بمعنى الرد والردع وهو مشروط بالكتاب

القصاص وحقوق العباد لأن استيفاء ذلك إلى أي بابها وقال الشهيد على هذا حد القذف ينبغي أن لا يوجب على الإمام لأن الغلب فيه حق الله تعالى ذكر أبو اليسر ولهذا الوجه لا يصح على في الشافعي لأنه بالغورضى بانتهالك عرضه وهذا لا يمنع وجوب الحد فإنه إذا رضى بقذفه لا يمنع وجوبه ولا يعتاض عنه ولا يورث وفي التعزير خلاف ثم ذكر وكان الغلب فيه حق العبد بدليل أنه لا يقطع بالتقدم ولا بالردة ويقيم القاضي بعلمه ولا يصح الرجوع عنه بعد الإقرار ويشترط فيه الدعوى ويقام على المستأنف ولا يقام للأب على الأب ولا للمولى على عبده ويقدم استيفاءه على حد الزنا وشرب الخمر فدل على أن الغلب حق العبد والأصول تشهد له فإن حق الله وحق العبد إذا اجتمع يغلب حق العبد لحاجته غير أن الإمام

يستوفيه دون المقدور وإن كان حقه لأنه لو فوض إليه أقامه على أشد الوجوه فغيا فاستأنف وهو كالتعزير برأيه حق العبد وأقامته للإمام بخلاف القصاص فإن الاستيفاء لولي لأنه مقدر وبخلاف التعزير والواجب حقه تعالى لأنه يلي أقامته كل أحد بعلمه النيابة عن الله تعالى وسئل الهندو أني رجل وجد رجلاً مع امرأة أيجل له قتله قال إن كان يعلم أنه يفرج عن الزنا بالصباح والضرب بما دون السلاح لا وإن علم أنه لا يفرج إلا بالقتل حصل له قتله وإن طأهته المرأة حل له قتله أيضاً قلت وهذا تنصيص منه على أن الضرب تعزير وعلمك الإنسان وإن لم يكن محسباً وكذا القتل ثم وجدت المسألة في المتنعي عن أبي يوسف كذلك لكن وضعها وجد رجلاً مع امرأة أو مع محرم له أو مع جاريتة موفى فواد ابن سماعة عن محمد بن أبي حمزة بن أبي جازة أن يرميه ويقتله وفي جامع قاضيهان غير الدين في باب من الشهادة في الحدود أن الأصل في كل شخص إذا رأى مسلماً يفرج أن يحل له قتله وإنما امتنع خوف من أن يقتله ولا يصدق في قوله أنه يفرج وفي الشافعي ليس للمولى أن يحد عبده أو أمته لأنه حق الولاة

(قوله قبل وحي عن أبي يوسف أن التعزير من السلطان بأخذ المال جائز وذكر الامام الثوري أن التعزير الذي يتبعه الله تعالى على إقامته كل أحد بعلة النيابة عن الله تعالى

وهم الذين يلون ذلك وله أن يعزروه من التعزير بتأديب الجواز أن يليه المولى (١١٣) غاب القاضي رجلا منهم الخلفاء في الشرح

بزي أو يشرب لم يجد انفسا  
وهو محمد بن محمد وهو القياس  
اعتبارا بسائر الحقوق وحده  
القذف والقصاص وجه  
الاستحسان الاستغناء الى  
القاضي والقاضي مندوب  
الى الدولة بالخبر فله قضاة التهمة  
فما يستوفيه ولا يستوفي  
وفي سير بكر اذا شتم الامام  
الاعظم أحد بغرض الى  
غيره اقامته لا يقيم نفسه  
ولا يشتم وفي أدب القاضي  
القاضي اذا ولي غيره في  
القضاء له وعليه جاز ويجوز  
قضاء المقلد للمقلد وعليه كان  
المقلد الخليفة أو قاضي  
القضاء لان المقلد ليس  
بنائب عن المقلد بل هو نائب  
عن المسلمين ولهذا لا يعزله  
بموته فكل من تقبل شهادته  
له بنقض قضاؤه وما لا فلا  
وفي النظم وكذا قضاؤه  
لنائبه وفي جمع النسبي  
لا ينفذ قضاؤه للمقلد  
واستشهد به في كل شيء ثم  
استنقض فيبقى لوكه  
في تلك الحادثة لم يجز لانه  
قضاء لمن ولاه ذلك وكذا  
نائب القاضي قال وقت  
هذه الحادثة لقاضي  
القضاء المروزي فقال لي  
يجب أن يجوز لاني  
بمصل للشرع لا فيقتل  
هل أنت اذا بنفسك لنفسك

فبأبى الاثمة الثلاثة لا يجوز وما في الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال ان رأى القاضي ذلك  
أو الوالى جاز ومن جهة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبنى على اختيار من قال بذلك من  
المشايخ كقول أبي يوسف وقال الثوري أن التعزير الذي يجب حقه الله تعالى لكل أحد بعلة النيابة  
عن الله وسئل أبو جعفر الهندي عن رجل جلد جلا مع امرأة يحمل له قتله قال ان كان يعلم أنه ينزجر عن الزنا  
بالصباح والضرب بمجادون السلاح لا يقتله وان علم أنه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طأوعت المرأة  
بحل قتلها أو باضاه هذا تنقيص على أن الضرب تعزير على كماله الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى  
بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع على كل أحد ذلك حيث قال من رأى منكم منكرا فليغيره  
يده فان لم يستطع فليأمره بالحدود فان لم تثبت توليتها الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب  
حقا للبعد بالقذف ونحوه فانه لتوقعه على الدعوى لا يقيم الا الحاكم الا أن يحكم فيه ثم التعزير به فبما شرع فيه  
التعزير اذا رآه الامام واجب وهو قول مالك وأحمد وعند الشافعي ليس بواجب لاروى أن رجلا جاء الى النبي  
صلى الله عليه وسلم وقال اني لعنت امرأة فاصبت منها مادون أن أطأها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم  
أصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبوا من محسنهم وتجاوزوا عن  
مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزير في سقي أرضه فلم يوافق غرضه أن  
كان ابن عمك فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزوه ولنا أن ما كان منصوفا عليه من التعزير بركا في وطء  
جارية أمر أنه أجاز به مشتركة يجب امتثال الامر فيه وما لم يكن منصوفا عليه اذا رأى الامام بعد مجانبته  
هو بنفسه المصلحة أو علم أنه لا ينزجر الا به وجب لانه زاجر مشرع وحلق الله تعالى فوجب كالحكم وما علم أنه  
ينزجر بدونه لا يجب وهو يحمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما أصاب من المرأة فانه لم  
يذكره للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادى من تزجر لان ذكره ليس الا للاستعلام بموجبه ليفعل  
معصوا ما حديث لزيير قال تعزير يخلق آدمي هو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه في فتاوى قاضيان  
التعزير برحق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه البراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجوز فيه اليمين  
يعنى اذا أنكر أنه سبب يحلف ويقضى بالنكول ولا يخفى على أحد أنه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق  
الله فحق العبد لا شك في أنه يجري فيه ما ذكر وأما ما وجب منه حقه الله تعالى فقد ذكرنا أن نفاؤه  
يجب على الامام ولا يحمل له تركه الا فيما علم أنه انزجر بالفعل قبل ذلك ثم يجب أن يتفرع عليه أنه يجوز  
اثباته بجمع شهادته فيكون مدعى شاهد اذا كان معه أخوان قلت في فتاوى قاضيان وغيره ان كان  
المدعى عليه ذمرا أو كان أول ما فعل بوضعه استغناءنا فلا يعزرون غادوا تكرره من روى عن أبي حنيفة أنه  
يضرب وهذا يجب أن يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من اسقاط التعزير  
قال الله تعالى فاضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا أمر بضر بالزواج ثم تذييل نادى بالهن  
والسنة قال عليه السلام لا ترفع عصا من أهلك وروى أنه عليه السلام عز رجلا قال اغيرة يا مخنث ولان  
زجر الدعار عن الجنابات ومساوى الاخلاق واجب تقليد لاهلها والتعزير مصالح للزجر فيكون مشروعا ثم قد  
يكون بالحبس وقد يكون بالصنع وتعزيرك الاذن وقد يكون بالكلام العنيف وقد يكون بالضرب وروى أبي  
يوسف رحمه الله أن التعزير بأخذ المال يجوز للسلطان ثم تعزير الاشراف كالداهقنة والقواد وغيرهم

(١٥ - (فتح القدير والسكافيه) - خامس) فانت نائب الشرع فانقطع فالوجه لمن ابتلى بمثل هذا أن يطلب من السلطان  
الذى ولاه أن يولى قاضيا آخر حتى يختصم اليه فيبقى أو يحكموا واحدا اه (قوله وقيل روى عن أبي يوسف الى قوله جائز) أقول قال  
الزاهد في شرح القندوري في بحث التعزير بالمال ولم يذكر كيفية أخذ المال وأرى أن يأخذها ويحكمها فان أبى من توهم بصرفها الى  
ما يرى شط التعزير بأخذ المال كان في ابتداء الاسلام ثم نسخ اه المراد من قوله شط شرح الطحاوي (قوله وذكر الامام الثوري أن)



(ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر) لانه جنابة قذف وقد امتنع وجوب الحد لعقد الاحصان فوجب التعزير (وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافرا أو يا خبيث أو يا سارق) لانه آذاه وألحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير لانه يبلغ بالتعزير غايته في الجنابة الاولى لانه من جنس ما يجنبه الحد وفي الثانية الرأى الى الامام (ولو قال يا حمارا أو يا خنزرا لم يعزر) لانه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عزره فيعزولانه بعد شينه وقيل ان كان المسبوب من الاشرف كالغفهاء

قلت يمكن أن يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا مناقضة لانه اذا كان ذامرودة فقد حصل تعزيره بالجور الى باب القاضى والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا يعزر يعنى بالضرب في أول مرة فان عاده زره حيثئذ بالضرب ويمكن كون محله حق آدمى من الشتم وهو ممن يكون تعزيره بما ذكرنا وقد روى عن محمد بن الرجل بشتن الناس اذا كان له مروة وعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سببا بضرب وجس يعنى الذى دون ذلك والمروة عندى في الدين والصالح (قوله ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر) بالاجماع الاعلى قول داود في العبد فانه يحده بقول ابن المسيب في الذميمة التى لها ولد مسلم قال يحده وانما عزر (لانه) أى هذا الكلام (جنابة قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير) وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق أو يا كافرا أو يا خبيث أو يا سارق) ومثله بالص أو يا فاجرا أو يا زنديقا أو يا مقبوحا بن ابن القعبة يا قرطبان يامن يعمل على قوم لوط أو يا لوطى أو قال أنت تلعب بالصبيان يا أكمل الى يا شارب الخمر يا ديوث يا خنث يا خان يا ماوى الزواني يا ماوى الماوص يامنفاق يا يهودى عزره كما دام طالق فى فتاوى قاضيتان وذ كره الناطقى وقيل به اذا قال لرجل صالح أألو قال لفاسق يا فاسق أو لاص بالص أو لفاجر يا فاجر لاشئ عليه والتعليل بنفي ذلك وهو قولنا انه آذاه بما ألحق به من الشين فان ذلك انما يكون فحين لم يعلم انصافه هذه أمان من علم فان الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل وقيل فى يالوطى يستل عن نيته ان أراد أنه من قوم لوط عليه وعلى زيننا الصلاة والسلام فلا شئ عليه وان أراد أنه يعمل عملهم عزر على قول أبي حنيفة وعندهم ما يحد والصحيح انه يعزر ان كان فى غضب قلت أو هزل من تعزير الهزل بالقبیح ولو قذفه بآتيان مينة أو بهيمة عزر قال المصنف (لانه يبلغ بالتعزير غايته في الجنابة الاولى) وهو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا (لانه من جنس ما يجنبه الحد) وهو الرمى بالزنا (وفي الثانية) وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصى (الرأى الى الامام) (قوله ولو قال يا حمارا أو يا خنزرا لم يعزر) لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يتعلق به شين أصلا بل انما ألحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهر او مثله يا قريظا نور يا خبيث يا تيس يا قريظا ذئب يا حجام يا ابن ابغايا ولد حرام يا عيار يا نا كس يا منكوس يا خنزة يا ضحكة يا كشحان يا بله يا ابن الحجام وأبوه ليس بحجام يا ابن الاسود وأبوه ليس كذلك يا كلب يا سناق يا ما واجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض أصحابنا انه يعزر فى الكشحات اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به وبالقرطبان فى العرف الرجل الذى يدخل الرجال على امرأته ومثله فى ديار مصر والشام المعرض والقوادع عدم التعزير فى الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية بين عالمتنا الثلاثة واختار الهندوانى انه يعزر به وهو قول الأئمة الثلاثة لان هذه الالفاظ تدكر للشبهة فى عرفنا وفى فتاوى قاضيتان فى يا كلب لا يعزر وقال عن الفقيه ابى جعفر انه يعزر لانه بعد شتمه ثم قال والصحيح انه لا يعزولانه كاذب قطعاً انتهى وفى المبسوط فان العزير لا تعد شتمه ولهذا يسمون بكاب وذئب وذ كره قاضيتان عن أمالى أبى يوسف فى يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفى رواية لمحمد لا يعزر وهو الصحيح والمصنف استحسن التعزير اذا كان

الاعلام والجراى باب القاصى وتعزير أشرف الاشرف كالغفهاء والعلوية السلام فقط بان يقول بلغنى انك فعلت كذا فلا تفعل وتعزير بأوساط الناس كالسوقية بالاعلام والجراى الحبس وتعزير بالاخصاء الاعلام والجراى والضرب والحبس (قوله الا أنه يبلغ بالتعزير غايته في الجنابة الاولى) وهي ما اذا قذف غير المحصن بالزنا

وقوله (ومن قذف عبدا أو أمة أو أم ولد أو كافرا بالزنا عزر) أى القذف بالزنا (من جنس ما يجنب فيه الحد) وقوله (في الثانية) يعنى قوله يا فاسق الخ وقوله (لانه ما ألحق الشين به للتيقن بنفيه) قبل بل يلحق الشين بالقاذف لان كل أحد يعلم انه آدمى وان القاذف كاذب وقوله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدى غير حد فهو من المعتدين نقل بتخفيف يبلغ من البلوغ وهو السماع وأما ما يجرى على السنة الفقهاء من التثقيب ان صعب فعلى حذف المفعول الأول والتقدير من بلغ التعزير جسدا فى غير حد وفيه نبوة تعرف بالتأمل الصحيح وأرى أن يكون تقديره من بلغ الضرب حد فى غير حد فهو من المعتدين

أقول فى باب لوط الذى يوجب الحد قوله والتقدير من بلغ التعزير الخ) أقول هو كلام صاحب النهاية

(فاذا تعدت بليغه حد الحاد)

خفيفة ومحمد نظرا الى أدنى الحد) وهو حد العبد في القذف (فصرناه اليه وذلك أربعون فنقصا منه سوطا) وهذا حق لان من اعتبر حد الاحرار فقد بلغ حداهو حد العبد والتشكيك في الحديث ينافيه ووجه نقصان السوط الواحد في المذهبين جميعا هو أن البلوغ الى تمام الحد تعدد وليس بعده قدر معين كربع أو ثلث أو خمس فيصار الى أقل ما يمكن للتيقن به نظيره وقت الصلاة فان الكل لما لم يمكن أن يكون سبيا وليس بعده حزم معين صبر الى أقل ما يمكن وهو الجزء الذي لا يغير أو كلامه واضح

(قوله فصرناه اليه وذلك أربعون الخ) أقول للتيقن قال الاتقاني قوله فصرناه اليه أي صرف أبو حنيفة ومحمد التعزير الى أدنى الحد فنقصا منه سوطا اه والاوجه أن يقال أي فصرناه الحد المذكور في الحديث الى أدنى الحد (قوله والتشكيك في الحديث ينافيه) أقول المطلق قد ينصرف الى الكمال كإلين في علم الأصول فقوله والتشكيك ينافيه ممنوع (٢) جهام نسخة العلامة الصراوي الذي في نسخ الغفر بيج الوليد بحدف لفظ أبو قلصز كتبته

والعلوية يعز ولا يهتكم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعز وهذا أحسن والتعزير بأكثره تسعة وثلاثون سوطا وأقله ثلاث جلدات وقال أبو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حداني غير حد فهو من المعتدين وإذا تعدت بليغه حد فابو حنيفة ومحمد نظرا الى أدنى الحد هو حد العبد في القذف فصرناه اليه وذلك أربعون سوطا فنقصا منه سوطا وأبو يوسف اعتبر أقل الحد في الاحرار اذا الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ما نرى عن علي فقلده

المخاطب من الاشراف فتخصت ثلاثة المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعززه مطلقا يختار الهندواني يعززه مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعز زفاته أولا فلا ويعز في مقامه وفي قدز قبل وفي بليد وأنا أظن انه يشبهه يا بيله ولم يعز روايه (قوله أكثره تسعة وثلاثون سوطا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا والاصل) في نقصه عن الحدود (قوله عليه السلام من بلغ حداني غير حد فهو من المعتدين) ذكر البهقي ان المخطوط انه مرسل وأخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير ورواه ابن ناجية في فوائده حدثنا محمد بن حصين الاصمعي حدثنا عمر بن علي المدهمي حدثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحد يثور ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسل قال أخبرنا مسعر بن كدام قال أخبرني (٢) أبو الوليد بن عثمان عن النخعي بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحد يثور والمرسل عندنا محجة موجبة للعمل وعند أكثر أهل العلم واذا ائتمنا ان لا يبلغ به حد فابو حنيفة ومحمد نظرا الى صرافة عموم النكر في النفي فصرناه اليه فنقصا منه حد الارقاء لان الاربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليه بالنص المذكور خصوصا والمحل محل احتياط في الدرة (وأبو يوسف اعتبر أقل حدود الاحرار لان الاصل الحرية ثم نقص سوطا في رواية) هشام عنه (وهو قول زفر وهو القياس) لانه يصدق عليه قولنا ليس حد فليكون من افراد المسكون عن التهم عنه وفي ظاهر الرواية تسعة وتسعون قبل وليس في معنى معقول وذكر ان سبب اختلاف الرواية عنه انه أمر في تعزير رجل بتسعة وسبعين وكان يحد لكل خمسة عقدا باصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد لاربعة الاخيرة فنقصا منها عن خمسة فظن الذي كان عنده أنه أمر بخمسة وسبعين وانما أمر بتسعة وسبعين قال وروى مثله عن عمر يعني خمسة وسبعين وليس بهج ونقل عن أبي الليث قال قيل ان أبا يوسف أخذ النصف من حد الاحرار وأكثره مائة والنصف من حد العبيد وأكثره خمسون فتوصل خمسة وتسبعون ومنع محبة اعتبار هذا الاخذ وهو لا يضره بعد أن أقره عن علي كما ذكر في الكتاب من أنه قلده عليا فيه وكونه لا يعقل بؤ كده اذا العرض أن ما لا يدرك بالراي يجب تقليد الصحابي فيه وانما يتم جوابه بمنع ثبوته عن علي كما قال أهل الحديث انه غريب ونقله البغوي في شرح السنة عن ابن أبي ليلى وبقولنا قال الشافعي في الحار وقال في العبد تسعة عشر لان حد العبد في الحر عنده عشرون وفي الاحرار أربعون وقال مالك لا حد لأكثره فبعو زلاما أن يزيد في التعزير على الحد اذا رأى

ولم يشئت وفي الثانية وهي ما اذا قذف مسلما بغير الزنا (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حداني غير حد) في المغرب يبلغ بالتخفيف والسماع وأما ما يجزى على السنة الفقهية من التشكيل ان صح فعلى حذف المفعول الاول كقوله عليه السلام ألا فليبلغ الشاهد الغائب وقوله تعالى يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك على حذف المفعول الثاني والتقدير من بلغ التعزير بحد وانما حسن الحذف لدلالة قوله في غير حد والذي يدل على هذا التقدير قولهم لا يجوز تبليغ غير الحد الحدود كره هذا الحديث في الفوائد الفقهية ثم قال وبلغ بالتخفيف لا بالتشديد من البلوغ لان التبليغ لان المبلغ اليه غير مذكور والمراد تبليغ غير الحد الحد لا تبليغ الحد غير الحد ومعنى بلغ بالتخفيف أتى كقولهم بلغ المكان أي أتاه فبصرف تقدير الحديث كأنه قال من أتى حدا في موضع لا يجب الحد فهو من المعتدين (قوله وهو ما نرى عن علي رضي الله عنه) وتاويل ما روى

ثم قدر الادنى في الكتاب ثلاث جلدات لان مادونهم لا يقع به الزجر وذ كرمشايخنا أن أدناه على ما رآه الامام  
فيقدروا بما علم أنه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجرم وصغره وهذه  
أنه يقرب كل نوع من بابه فيقرب المس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال

المصلحة في ذلك بجانب الهوى النفس لما روى أن من زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به  
لصاحب بيت المال فأخذ منه ما لا يبلغ عمر ذلك فضر به مائة وجبسه فكلّم فيه فضر به مائة أخرى فكلّم فيه  
فضر به مائة ونفاه وروى الامام أحمد بإسناده أن عليا أتى بالنجاشي الشاعر قد شرب خمر في رمضان فضر به  
ثمانين للشرب وعشرين سوطا لغيره في رمضان ولما الحديث المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز  
أن يبلغ بما هو أهون من الزنا فوق ما فرض بالزنا وحديث معن يمتثل أن له ذنوبا كثيرة أو كان ذنبه يشتمل  
كثرة منها لتزويروا وأخذ مال بيت المال بغير حق وفجّه باب هذه الحيلة فمن كانت نفسه عارية عن استشرافها  
وحديث النجاشي طاهران لا احتياج فيه فإنه نص على أن ضربه العشر من فوق الثمانين لغيره في رمضان  
وقد نصت على أنه لهذا المعنى أيضا الرواية الاخرى القائلة ان عليا أتى بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في  
رمضان فضر به ثمانين ثم ضربه من الغد عشر من وقال ضربه ثمان العشر بن جحرأ تلك على الله تعالى واطفأرك  
في رمضان فابن الزيادة في التعزير على الحد في هذا الحديث وعن أحمد لا يزداد على عشرة أسواط وعليه حل  
بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله اذا صاع الحديث فهو مذهبي وقد صرح عنه عليه  
للسلام في العميين وغيرهما من حديث أبي بردة أنه قال لا يجلد فوق عشرة أسواط الا في حد من حد ود الله  
وأجاب أصحابنا عنه وبعض الثقات بأنه منسوخ بدليل على الصابة بخلافه من غير انكار أحد وكتب عمر الى أبي  
موسى رضي الله عنهما أن لا يبلغ بشكال أكثر من عشر من سوطا وروى ثلثين الى الاربعين وبما ذكرنا  
من تقدم رأ أكثره تسعة وثلاثين يعرف أن ما ذكر مما تقدم من أنه ليس في التعزير بشئ مقدور بل مغفوض  
الرأى الامام أي من أنواعه فإنه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره أما ان اقتضى رأيه الضرب  
في خصوص الواقعة فإنه حينئذ لا يزيد على تسعة وثلاثين (قوله ثم قدر الادنى في الكتاب) يعني القدر  
(ثلاث جلدات لان مادونهم لا يقع به الزجر وذ كرمشايخنا أن أدناه على ما رآه الامام بقدر ما علم أنه ينزجر به  
لانه يختلف باختلاف الناس) وجه مخالفة هذا الكلام لقول القدروري أنه لو رأى أنه ينزجر بسوط واحد  
اكتفى به وبه صرح في الخلاصة فقال واختيار التعزير الى القاضي من واحد الى تسعة وثلاثين ومقتضى قول  
القدروري أنه اذا وجب التعزير بنوع الضرب فرأى الامام أن هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له  
ثلاثة لانه حيث وجب التعزير بالضرب فاقبل ما يلزم أقله اذ ليس وراء الأقل شيء وأقله ثلاثة ثم يقتضى أنه  
لو رأى أنه انما ينزجر بعشر من كانت العشرة أقل ما يجب تعزيره فلا يجوز نفسه عنه فلا يرى أنه لا ينزجر  
بأقل من تسعة وثلاثين كان على هذا أكثر التعزير فإنه أقل ما يجب منه في ذلك الرجل وتبقى فائدة تقدير  
أكثره بتسعة وثلاثين أنه لا ينزجر الا بأكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضر به الا أكثر  
فقط نعم يبدل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلا (قوله وعن أبي يوسف أنه على قدر عظم الجرم  
وصغره) واحتمال المضروب وعدم احتماله (وعنه أنه يقرب كل نوع) من أسباب التعزير (من بابه) فيقرب  
بالمس والقبلة للاجنبيه والوطء فيمادون الفرج من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف وكذا  
السكر من غير الخمر من شرب الخمر قبل معناه يعزى في المس الحرام والقبلة أكثر جلدات التعزير وروى يعزى  
في قوله نحو يا كافز وبأحبب أقل جلدات التعزير ولكن في فتاوى فاضلنا أن أسباب التعزير ان كان  
من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ أقصى التعزير وان كان من جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب أقصاه  
فيكون مغفوضا الى رأى الامام

وقوله (فيقرب المس  
والقبلة من حد الزنا) يعني  
فيكون فيه أكثر الجلدات  
وقوله (والقذف بغير الزنا  
من حد القذف) يعني  
فيكون فيه أقل الجلدات

عنه أن عليا رضي الله عنه كان يعقد لكل خمس فلما بلغ خمسا وسبعين لم يعسقل لانه بقي أربع ضربات فلم يبلغ

وقوله (لأنه) يعني الحبس (صلح تغز برا) وقوله (وقد ورد الشرع به) أي بالحبس وهو ما روي أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً للتغزير (وقوله) ولهذا لم يشرع في التغزير بالتهمة (لايضاح أن الحبس يصلح للتغزير فيما يجب فيه التغزير) أي لم يشرع الحبس بسبب التهمة في الشيء الذي يوجب التغزير بل وثبت قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على أنه قد فسد فقال يا فاسق أوبأ كافر فلا يحبس منهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لأن في باب الحد شياً آخر فوق الحبس وهو إقامة الحد عند وجوده وجبه فيعوز أن يحبس في تهمة لتناسب إقامة العقوبة بالادنى بمقابلة الذنب الأدنى وفي باب الأموال والتغزير لا يحبس بالتهمة لأن أقصى فيها عقوبة الحبس فلا يحبس بالتهمة فيها لكان إقامة العقوبة بالأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو مما ياباه الشرع ولم يشرع الحبس عند تهمة موجبة التغزير وعلم أن الحبس من التغزير إذ لو لم يكن الحبس من التغزير لكانت تهمة موجبة التغزير كالحبس (١١٧) عند تهمة موجبة الزنا قلنا كان الحبس من التغزير بهذا الدليل جاز

وان رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التغزير بالحبس فعل (لأنه صلح تغز برا) وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز أن يكتب في به بخلاف أن يضم إليه ولهذا لم يشرع في التغزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لأنه من التغزير وقال (وأشد الضرب التغزير) لأنه جرى التخصيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كى لا يؤدي إلى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التغزير على الأعضاء (قوله) وان رأى الإمام أن يضم إلى الضرب في التغزير بالحبس فصل (وذلك بان يرى أن أكثر الضرب في التغزير وهو تسعة وثلاثون لا يترجم أوهو في شك من أن جاز به يضم إليه الحبس (لأن الحبس صلح تغز برا) بانقراده حتى لو رأى الإمام أن لا يضربه ويحبسه أياماً عقوبة له فعل ذلك في الفتاوى وغيرها وهو قول المصنف حتى جاز أن يكتب في به (وقد ورد به الشرع في الجملة) وهو ما سلف من أنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلاً في تهمة (بخلاف أن يضم) إذا شك في أن جاز به بدونه (قوله) ولهذا) أي ولأن الحبس بغيره يقع تغزيراً تاماً (لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته) أي لم يشرع الحبس بتهمة ما يوجب التغزير حتى لو أدى رجل على آخر شتمه فاحشاً أو أنه ضربه وأقام شهوداً لا يحبس قبل أن يسأل عن الشهود ويحبس في الحد وهذا لأنه إذا عدلت الشهود كان الحبس تماماً وجب ما شهدوا به فلو حبس قبله لم أعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف الحد لأنه إذا شهدوا بوجهه ولم يعدلوا حبس لأنه إذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به شيئاً آخر غير الحبس فيحبس تغزيراً بالتهمة (قوله) وأشد الضرب التغزير لأنه جرى فيه التخصيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كى لا يؤدي إلى فوات المقصود (من أن جاز) ولهذا لم يخفف من حيث التغزير على الأعضاء) لجرى فيه التخصيف فيه من حيث العدد وكفى في المحيط أن يحداد كفى حدود الأصل

نحسا فلذلك لم يعقد فظن الراوى أنه جلده تسعة وسبعين (قوله) وقد ورد الشرع به) أي بالحبس وهو ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً للتغزير (قوله) ولهذا لم يشرع في التغزير بالتهمة قبل ثبوته) هذا لا يوضح أن الحبس يصلح للتغزير أي ولهذا لا يحبس في تهمة وجوب التغزير قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على أنه قد فسد فقال يا فاسق أوبأ كافر فلا يحبس منهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لأن في باب الحد شياً آخر فوق الحبس وهو إقامة الحد عند وجوده وجبه فيعوز أن يحبس في تهمة لتناسب إقامة العقوبة بالادنى بمقابلة الذنب الأدنى وفي باب الأموال والتغزير لا يحبس بالتهمة لأن أقصى فيها عقوبة الحبس فلا يحبس بالتهمة فيها لكان إقامة العقوبة بالأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو مما ياباه الشرع ولم يشرع الحبس عند تهمة موجبة التغزير وعلم أن الحبس من التغزير إذ لو لم يكن الحبس من التغزير لكانت تهمة موجبة التغزير كالحبس (١١٧) عند تهمة موجبة الزنا قلنا كان الحبس من التغزير بهذا الدليل جاز

نحسا فلذلك لم يعقد فظن الراوى أنه جلده تسعة وسبعين (قوله) وقد ورد الشرع به) أي بالحبس وهو ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً للتغزير (قوله) ولهذا لم يشرع في التغزير بالتهمة قبل ثبوته) هذا لا يوضح أن الحبس يصلح للتغزير أي ولهذا لا يحبس في تهمة وجوب التغزير قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على أنه قد فسد فقال يا فاسق أوبأ كافر فلا يحبس منهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لأن في باب الحد شياً آخر فوق الحبس وهو إقامة الحد عند وجوده وجبه فيعوز أن يحبس في تهمة لتناسب إقامة العقوبة بالادنى بمقابلة الذنب الأدنى وفي باب الأموال والتغزير لا يحبس بالتهمة لأن أقصى فيها عقوبة الحبس فلا يحبس بالتهمة فيها لكان إقامة العقوبة بالأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو مما ياباه الشرع ولم يشرع الحبس عند تهمة موجبة التغزير وعلم أن الحبس من التغزير إذ لو لم يكن الحبس من التغزير لكانت تهمة موجبة التغزير كالحبس (١١٧) عند تهمة موجبة الزنا قلنا كان الحبس من التغزير بهذا الدليل جاز

نحسا فلذلك لم يعقد فظن الراوى أنه جلده تسعة وسبعين (قوله) وقد ورد الشرع به) أي بالحبس وهو ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلاً للتغزير (قوله) ولهذا لم يشرع في التغزير بالتهمة قبل ثبوته) هذا لا يوضح أن الحبس يصلح للتغزير أي ولهذا لا يحبس في تهمة وجوب التغزير قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على أنه قد فسد فقال يا فاسق أوبأ كافر فلا يحبس منهم قبل تعديل الشهود وفي فصل الحد يحبس بالتهمة لأن في باب الحد شياً آخر فوق الحبس وهو إقامة الحد عند وجوده وجبه فيعوز أن يحبس في تهمة لتناسب إقامة العقوبة بالادنى بمقابلة الذنب الأدنى وفي باب الأموال والتغزير لا يحبس بالتهمة لأن أقصى فيها عقوبة الحبس فلا يحبس بالتهمة فيها لكان إقامة العقوبة بالأعلى بمقابلة الذنب الأدنى وهو مما ياباه الشرع ولم يشرع الحبس عند تهمة موجبة التغزير وعلم أن الحبس من التغزير إذ لو لم يكن الحبس من التغزير لكانت تهمة موجبة التغزير كالحبس (١١٧) عند تهمة موجبة الزنا قلنا كان الحبس من التغزير بهذا الدليل جاز

لا بل شدته في الضرب لا في الجمع وبدل على ذلك ما روي أبو حنيفة وغيره أن رجلاً أقسم على أم لم ترضى الله عنها فضر به عمر رضى الله عنه ثلاثين سوطاً كلها يضرع ويحذر أي يشق ويؤرم ومعلوم أن عمر رضى الله عنه ضر به بطريق التغزير ولعل المصنف رحمه الله اختاره بشيخ إليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التغزير على الأعضاء فالو كان الشدة عبارة عن عدم التغزير لزم توضيح الشيء بنفسه

قال المصنف (ولهذا لم يخفف من حيث التغزير على الأعضاء) أقول قال صاحب الكافي في حدود الأصل يفرق التغزير على الأعضاء وفي أشربة الأصل يضرب التغزير في موضع واحد وليس في المسئلة اختلاف الرايتين وإنما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الأول إذا بلغ التغزير أقصاه بان أصاب من الأجنبية كل محرمة غير الجماع أو أخذ السارق بعدما جمع المتاع قبل الانحراج وموضوع الثاني إذا لم يبلغ أقصاه بان كل فيهما هذين الموضعين اه وفي فتاوى الإمام الثمري في التغزير لا يفرق الضربات لأنه تليل ولو فرق لم يقع به الزجر ويضرب على الظاهر أو على الألتقى فالواحد في أدنى التغزير وهو ضرب سوطاً أو سوطين أو ثلاثة أصواط وأما في أقصاه فيفرق اه

وقوله (ثم حد الزنا) ظاهر وقوله (ومن (١١٨) حده الامام) وقرره فان قدمه هدر) ذكر مستلثين احداهما مبنية على الاخر وهو لا يقتضي

قال (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكذب وحده الشرب ثبت بقول الصحابة ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لان سببه متيقن به (ثم حد القذف) لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التعليل من حيث رد الشهادة فلا يغلط من حيث الوصف (ومن حده الامام) وعززه فان قدمه هدر) لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كالغصا والبراع بخلاف الزوج اذا غزو

أن التعزير يفرق على الاعضاء ذكر في أثره الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان بل موضوع ما ذكر في الحد واذ اوجب تبليغ التعزير الى أقصى غاياته بان أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعدما جمع المتاع قبل الانحراج واذ بلغ غاية التعزير بفرق على الاعضاء والأندال عضو لمؤالة الضرب الشديد الكثير عليه وموضوع ما في الاشارة ما اذا غزو أدنى التعزير برك ثلاثة ونحوها واذ حد عدد اسير افاقامة في موضع واحد لا تفسده وتقر يقها أيضا لا يحصل منه مقصود الانحرار فيجمع في فعل واحد وعلى هذا ففي شدة الضرب قوته لاجل في عضو واحد كقيل اذ صرح انه لا يجمع في عضو واحد مطلقا (ثم حد الزنا) بل التعزير في الشدة (لانه ثابت بالكذب وأعظم جناية حتى شرع فيه الرجم) وهو اتلاف النفس بالكيفية (ثم حد الشرب) لانه ثبت باجماع الصحابة لكن لا يثلي في القرآن وفي زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقدور على ما تقدم (ولان سببه متيقن) فيكون سببه لا شبهة فيها واما أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبين أو الاقرار وهما لا يوجبان اليقين فان قيل يقيدانه شرعا بمعنى أن عندهما يستيقن لزوم الحد أو ان الثابت به سما كالثابت بالمعينة قلنا كذلك القذف يثبت بالبين أو الاقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه فريته وبالبينة لا يثبت بذلك لجواز صدقه فيما نسب اليه (ولانه جرى فيه التعليل رد الشهادة فلا يغلط) مرة أخرى (من حيث الوصف) وهو شدة الضرب ولان الشرب ينتظم القذف كما قال على رضي الله عنه اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظر الى المظنة فلا يغلط بالشدة فاشدها التعزير وانخفض احد القذف وعند أحد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط بانه يحذو بعز في ازار واحد وفي فتاوى قاضيان يضرب في التعزير برقاغا عليه ثبا به وينزع الحشو والغزو ولا يعد في التعزير (قوله) ومن حده الامام أو عززه فان قدمه هدر) وهو قول مالك وأحد وقال الشافعي رحمه الله يضمن ثم في قول تجب اليد في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان أصل التعزير برغير واجب عليه ولو وجب بالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله مباحا فيتعيد بشرط السلامة ولا يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام مأمور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الاثر جاره في التعزير بحق الله تعالى (وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة كقلى الغصا) لانه لا يبله من الفعل والاهوقب والاسلامه خارجة عن وسعه الذي في وسعه أن لا يتعرض لسببها القريب وهو بين أن يبالح في التعفيف فلا يسقط الوجوب به عنه أو يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مؤلم زاجر وقد يتفق أن يموت الانسان به فلا يتصور الامر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناح

ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في حد الزنا وفي كذب الاشارة بضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان لكن موضوع ما ذكر في كذب الحد وأنه وجب تبليغ التعزير الى أقصى غاياته ومضى كانت الحالة هذه يجب التعزير على الاعضاء كى لا تكون الاقامة في موضع واحد سببا للفساد ذلك الموضوع وموضوع ما ذكر في الاشارة أنه يعز ز أدنى تعزير كسوط أو سوطين أو ثلاثة ومضى كانت الحالة هذه فالاقامة في موضع واحد لا يؤدي الى فساد ذلك الموضوع (قوله) وفعل المأمور لا يتقيد بشرط السلامة لان الامر غلب فعل المأمور به من المأمور وهو اثبات والاثباتات ليست بقابلة للتعليل بالشرط لانه حينئذ

السلامة في اثبات المأمور به والاخرى على الاطلاق وهو تعيضا والفرق بينهما ان الامر لطالب المأمور به وهو من الاثباتات وهي لا تقبل التعليق بالشرط لانه حينئذ يشبه القمار ولانه لما وجب على المأمور ذلك الفعل بالامر فياق المأمور بما في وسعه غير مراقب للسلامة لانه قد لا يحقق بوصف السلامة فيبقى المأمور في ضرب الوجوب واما الاطلاق فاسقاط لسكونه رفع القيد وهو قابل للتعليل فيتعيد بوصف السلامة لان الفعل المطلق في اختيار فاعله لانه حق الفاعل ان شاء فعل وان شاء لم يفعل فينبغي ان يتقيد بوصف السلامة لانه لا ضرورة في ترك وصف السلامة كالمزور في الطريق

قال المصنف (ومن حده الامام) وعززه فان قدمه هدر) أقول يقال ذهبه هدر أي باطلا واعلم ان هذا ينبغي ان يكون قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقط لما في باب الشهادة على الزنا من انها غير ما يثبت المال لو مات من الجلد قال المصنف (في بيت المال) أقول وفي قول آخر في ماله كالمسبق في باب الشهادة على الزنا قال المصنف (من غير واسطة) أقول أي غير واسطة حله الجسد فلا يكون

الاتلاف خطا منه (قوله) واما الاطلاق فاسقاط) أقول الاطلاق رفع القيد

(وقال الشافعي في التعزير)

تجب الديات في بيت المال لان  
الاتلاف خطا فيه اذ التعزير  
للتاديب غير انه تجب الديات  
في بيت المال لان نفع عمله  
يعود الى عامة المسلمين فون

الغرم في مالهم قلنا انه لما  
استوفى حق الله تعالى بامر  
صار كان الله تعالى امانة  
من غير واسطة فلا يجب  
الضمان والله اعلم

\*(كتاب السرقة)\*

لما فرغ من ذكر الزواجر  
المتعلقة بصيانة النفوس  
شرع في ذكر الزواجر  
المتعلقة بصيانة الاموال  
لان صيانة النفس اقدم من  
صيانة المال والسرقة في  
الفقه عبارة عما ذكر في  
الكتاب وقوله تعالى الامن  
استرق السمع معناه استمع  
المبهلى وجه الخفية

\*(كتاب السرقة)\*

(قوله لما فرغ من ذكر  
الزواجر المتعلقة بصيانة  
النفوس) أقول أواد  
بصيانة النفوس ما يشمل  
صيانة العقول والاعراض  
أيضا فان الاول صيانة  
جزئها والثاني صيانة  
ما يصل بها فانه صيانة ماء  
الوجه (قوله لان صيانة  
النفس اقدم من صيانة  
المال) أقول لان المال  
وقاية النفس قال الله تعالى  
خلق لكم مافي الارض  
جميعا وقال الشاعر  
أصون عرضي على لا أدسه  
لا بارك الله بعبا العرض في

المال

زوجته لانه مطابق فيه والاطلاقات تنقيد بشرط السلامة كالرو في الطريق وقال الشافعي تجب الديات  
في بيت المال لان الاتلاف خطا فيه اذ التعزير بالناديب غير انه تجب الديات في بيت المال لان نفع عمله يرجع  
الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامر صار كان الله امانة من غير واسطة  
فلا يجب الضمان

\*(كتاب السرقة)\*

في الفعل والاطلاق وهو غير فيه بعد ذلك غير ملازم به فمع تنقيده بشرط السلامة كالرو في الطريق  
والاصطلاح ولهاذا ضمن اذا عزر امرأته فماتت لانه مباح ومنعته ترجع اليه كما ترجع الى المرأة من وجه  
آخر وهو استقامتها على ما أمر الله به وذكرا لالحاكم انه لا يضرب امرأته على ترك الصلاة وضرب ابنه وكذا  
المعلم اذا اذنب الصبي فمات منه ضمن هندا والشافعي امالو جامع زوجه فماتت أو أفضاها لا ضمن عند أبي  
حنيفة وأبي يوسف ذكره في المحيط مع انه مباح فينقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر بذلك الجماع فلو  
وجبت الديات وجب ضمانان بمضمون واحد \*(تتمة)\* الاولى للانسان فجا اذا قبل له ما وجب التعزير  
أن لا يجيبه قالوا لو قال له يا بحيث الاحسن أن يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤديه يجوز ولو أجاب مع هذا فقال  
بل أنت لا بأس واذا أساء العبد الادب حل مولاه ناديه وكذا الزوجة في فتاوى القاضي من ينهم بالقتل  
والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى أن يظهر التوبة وفيها من أبي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشترى  
ويترك الصلاة يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى أنه يخلق ما يفعل ان ناب وتبرأ وقال الله تعالى خالق  
كل شيء قلت توبته وان لم ينب يقتل وكذا الساحرة تقتل برذم وان كانت المرتدة لا تقتل هندا لكن  
الساحرة تقتل بالارز وهو ماروي عن عمر أنه كتب الى عماله اقتلوا الساحر والساحرة زاذ في فتاوى قاضيان  
وان كان يستعمل السحر ويجحد ولا يدري كيف يقول فان هذا الساحر يقتل اذا أخذ وثبت ذلك منه ولا  
تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجه بتلك اللعبة فهذا السحر ويحكم بارتداده  
ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد أن له أنرا انتهى وعلى هذا  
التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير أعني عدم الحكم بارتداده فينبغي أن يكون حكمه أن  
يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل نحل الكتابة بما علم أن لا نية لها على من المنة كبر لايه قالوا ان وقع في  
قلبه ان أباه يقدرون ان يغير على ابنه يحصل له ان يكتب اليه وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين الرجل وزوجه  
وبين السلطان والرهبة يغز من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وان لم يشربوا ومن معه  
ركوة خروا المغفار في شهر رمضان يغزرو ويحبسون الذي يبيع الخمر أو يأكل الرابيعزرو ويحبسون وكذا  
الغنى والمخنت والناتحة يغزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذي يعزرو لانه ارتكب  
معصية ومن ينهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى أن تظهر التوبة وكذا يستجن من قبل أجنبية  
أو عاتقها أو مسها بشهوة والله أعلم

\*(كتاب السرقة)\*

يشبه القمار فلذلك لا يتقيد بشرط السلامة بخلاف الاطلاقات فانها رافع القيد فكان من جنس الاسقاطات  
وهي قابلة للتعليل فان قيل يشكل على هذا ما اذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها فلا ضمان  
عليه عند أبي حنيفة ومحمد وجهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والرواية في المحيط مع أن الزوج بالجماع  
استوفى حق نفسه والاحتراز من التلف يمكن وأطلق في ذلك الفعل فكان ينبغي أن يتقيد بشرط السلامة  
كما اذا ضرب امرأته اتعود الى مضجعه قلنا انما يجب الضمان هناك لان ضمان المهر قد وجب في ابتداء  
ذلك الفعل ثم لو وجبت الديات بمضمونها كان فيه ايحباب الضمانين بمقتضى مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك  
لا يجوز وكذا في المحيط وتصح في التعزير الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والعفو والتكفيل  
لانه من حقوق العباد شرع للاصلاح والتهديب والله تعالى أعلم

\*(كتاب السرقة)\*



وقوله (وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة) هي أن يقال السرقة أخذ المال الغير على سبيل الخفية نصا بحرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل ولا شبهة (والمعنى اللغوي) وهو أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسار أمر (مرأى فيها) قال صاحب النهاية اعلم أن ما نقله الشارع السنا على ثلاثة أقسام أحدها ما هو مقرر على ما أنبأنا به اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء أخوه يوسف ولما جهزهم بمحارهم والثاني ما هو المبدول عما أنبأنا به (١٢٠) اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة الصوم فإن الصلاة شرعا عبارة عن الأركان

المعروفة وليس لها انباء لغوي وكذلك في غيرها والثالث ما أنبأنا به اللغة مقرر مع زيادة شيء فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرناه وفيه نظر لأن الصلاة اللغة الدعاء

(قوله وقوله وقد زيدت عليه) إلى قوله ان يقال السرقة الخ) أقول هنا نوع مساحقة في العبارة (قوله السرقة أخذ المال الغير الخ) أقول هذه هي السرقة التي توجب القطع والافسدة مادون نصاب سرقة أيضا لغة وشرعا فان العبد اذا سرق مادون النصاب رد على بانه يعيب السرقة ولا يقطع كذا في الخلاصة وغيرها (قوله بحرزا للتمول الخ) أقول احتراز عن سرقة المصنف

وصحيفة الحديث وصحائف العربيين والشعر فان المصنف وكتب الحديث يدخران للقراءة لا للتمول وكذا غيره لا يقصد به التمول بل معرفة الحكم والامثال (قوله غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل) أقول احتراز عن أخذ صاحب الحق

السرقة في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الامن استرق السمع وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مرأى فيها ابتداء وانتهاء وابتداء لا غير كما اذا انقلب الجدار على الاستسار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار

لما كان المقصود من الحدود الانزاج عن أسبابها بسبب ما شملت عليه من الفاسد وروى في ترتيبها في التعليم ترتب أسبابها في الفاسد فكانت مفسدة أعظم يقدم على ما هو أخف لان تعليمه وتعلمه أهم وأعظم الفاسد ما يؤدي الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويايه ما يؤدي الى فوات العقل وهو الشر بل انه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينفع بنفسه كعديم النفس ويلييه ما يؤدي الى افساد العرض وهو القذف فانه أمر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلحق امرها قبيحا ويلييه ما يؤدي الى اتلاف المال فانه الأمر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان آخرافا حرة والسرقة تفسير لغة وهو ما ذكر في الكتاب وهو أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستغفيا وفي الشريعة هي هذا أيضا وانما زيد على مفهومها قيود في اناطة حكم شرعي بها الا لا شك أن أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لم يكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لتبوت ذلك الحكم الشرعي فاذا قبل السرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عن ممتصد لل حفظ مما لا ينسارع اليه الفساد من المال المتول للغير من حرز بلا شبهة وتعمم الشبهة في التاويل قبل فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذي الرحم الكاملة والنقل خلاف الأصل لا يصار اليه حتى يتعين بما امرده كالصلاة على ما هو المذهب المختار عند الأصوليين وما قيل هي في مفهومها اللغوي والزوائد شروط غير مرضى والقطع بانها الأفعال والقراءة عندنا ولو بغير القاطعة فكيف يقال انها في الشرع للدعاء والأفعال شرط قبوله والغرض انه لا يتبادر والدعاء قط هذا وسياتي في السارق من السارق خلاف (قوله والمعنى اللغوي) يعني الخفية (مرأى فيها اما ابتداء وانتهاء) وذلك في سرقة النهار في المصير (أو ابتداء لا غير) وهي في سرقة الليل فلذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم

هي أخذ مكاف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة بتجسدة بحرزة بلا شبهة (قوله ومنه استراق السمع) لانه يسمع كلام المتكلم في حال غفلته قال الله تعالى الامن استرق السمع أي رام اختلاسه سرا ومسرور الساطين من الملائكة كاذم (قوله وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة) منها في السارق وهو أن يكون مكلفا أي عاقلا بالغاً ومنها في المسروق وهو أن يكون مالا متقوما لا ينسارع اليه الفساد مقدار عشرة دراهم أو بما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة بتجسدة بحرزة بلا شبهة لان السرقة لا تتحقق الا بصيغة المالك والمملوك كيسة والحرز فان أخذ المباح يسمى امسطبا او احتطابا بالسرقة وما لا يكون محرزا لا يكون أخذ سرقة لعدم مسارقة عين الحافظ ولما صار كون المال محرزا شرط بالنص وشرايط العقوبات راعى وجودها بصيغة الكمال لما في النقصان من شبهة انعدم وانما يتم الاجراز في الماء الخيطير فالحقير تافه لا يقصد العاقل احرازه عادة قصار ما يتم به الاجراز وهو كون المال خطسيرا تابا بالنص (قوله والمعنى اللغوي) أي الاخذ على

خلاف جنس حقه اذا قال أخذت لاجل حتى فانه أخذ متاولا (قوله فان الصلاة شرعا عبارة الخ) أقول قال العلامة وفي نحر الدين الزيلعي في أول كتاب الصلاة الصلاة في اللغة العالية الدعاء قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم أي ادع لهم وانما عدي بعلى باعتبار لفظ الصلاة في الشرع عبارة عن الأفعال المخصوصة المعهودة وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغيير اللفظ في الغاية والظاهر انها منقولة لوجودها بدونه في الامم انتهى وفيه تأمل فان الدابة منقولة الى ذوات القوائم الأربع مع وجود المعنى الأصلي فيها قوله والثالث ما أنبأنا به مقرر الخ) أقول أي ما أنبأنا به



وفي الكبيرى أعنى قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدى لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حوزا شبهة فيه وجب القطع) والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجنائية لا تحقق دونها وما والقطع جزء الجنائية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرقبات تغتر في الحقير

أخذ المال مجاهرة ولو بعدم قتاله فمن في يده قطع به لئلا كثفاه بالخفية الأولى وإذا كابر في المصهر نهاراً وأخذ ماله لا يقطع استعساناً وإن كان دخل خفية والقياس كذلك في الليل لكن يقطع إذا غالب السرقات في الليل  
تصير مغالبة إذا قيل لا يمتحن في الدخول والاختباء السكينة وعليه فرع إذا كان صاحب الدار يعلم دخوله والاص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كان لا يعلمه لئلا يقطع ولو عالماً لا يقطع ولما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة عين الإمام ومنعة المسلمين الماتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنهم انفس الاختصاص المذكور وما شرط ثبوت الحكم ومنها تفصيل النصاب قياتي في أثناء المسائل (قوله) وإذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يباغ قيمته عشرة دراهم مضروب بمن حرز لاشبهه فيه وجب القطع والاصل في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجنابة لا تتحقق دونهما) لانها بالخالفعة والمخالفعة فرع تعلق الخطأ (قوله) ولا بد من التقدير بالمال الخطأير) اختلف في أنه هل يقطع بكل مقدار من المال أو لا بد

سبيل الخفية مراعى فيها ابتداء وانتهاء يعنى اذا كانت السرقة نهارا وابتداء لا غير يعنى اذا كانت السرقة ليلا لان أكثر السرقات يصير مغالبة في الانتهاء اذا كانت ليلا لانه وقت ليل الحقمة الغوث فلا يولم يكف بالخفية وقت الدخول في الحر ولا يمنع القطع في الاكثر بخلاف ما اذا كانت بالنهار لانه وقت يلحقه الغوث فلا يصير مغالبة وقت الاخذ كذا في التحريم وفي الحاوى انه اذا كان باب الدار مردودا وغير مغلق قد دخلها السارق خفية قطع ولو كان باب الدار مفتوحا قد دخل نهارا وسرق لا يقطع ولو دخل ليلا من باب الدار وكان الباب مفتوحا مردودا بعد صلى الناس العتمة وسرق خفيا أو مكبرا معه سلاح أو لا وصاحب الدار يعلم به أو لا قطع ولو دخل القصر دار انسان ما بين العشاء والعمة والناس يذنبون ويحجبون فهو بمنزلة النهار (قوله وفي الكبرى) أعنى قطع الطريق انما سميت كبرى لان ضررها يعم المالك والمسلمين أولانها مسارقتان عين الامام وتارة الله ورسوله قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله (قوله أو من يقوم مقامه) كالودع والمستعبر والمرتهن والمضارب والغاصب (قوله لان الجنابة لا تھتق دونها) أى الجنابة لا تھتق عند عدم العقل والبلوغ لانه لجنابة لا تكليف ولا تكليف بالعقل والبلوغ

اللمعة (قوله) وهي مقررة في  
الشرع) أقول فيه ان  
الصلاة ليس يلزم ان يشتمل  
على معنى الدعاء كما في الامي  
(قوله) وان وجدت وقت  
الدخول لم توجد وقت  
الانحذ) أقول فكان فيه  
نبهة العدم والحدود تندرج  
بالشبهات قال المصنف  
(واذا سرق العاقل البالغ

(الخ) أقول قال في الكنز السرقة أخذ مكاف خفية قدر عشرة دراهم

( ١٦ - فتح القدور والكفایه ) - خامس )

مضروبة بحرفه بمكان أو حافظ انتهى قال العلامة التي يلي في شرحه قوله مضروبة بإشارة إلى أنه إذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهر أو غرق بينهما ما كان الحدود تدور بألشبهات فينتقل بالكامل أو المهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان وعلى هذا أو أني الفضة أو الزوف إذا سرق ما وزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع انتهى وأنت خبير بأن المفهوم من الهداية اعتبار القيمة فقط فليتأمل فإنه يقال ذلك فيما إذا لم يكن المسروق من جنس الدراهم ولا انصفق الشهة

لم يذول الصبي والمجنون لانه خطاب (١٢٢) الشرع فهو تكليف ولا تكليف الامع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهم التحقق

وكذا أخذ لا يخفى فلا يتحقق كونه ولا حكمه الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالأقل المتيقن به أولى غير أن الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا أن الاخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالا لدوره الحد وهذا لان في الأقل شبهة عدم الجنابة

من مقدار معين لا يقل في أقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود والخوارزمي وابن بنت الشافعي لا يطلق الاية ولقوله عليه السلام لعن الله السارق يسرق الخيل فتقطع يده يسرق البضة فتقطع يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا بمال مقدور لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا متفق عليه فلزم في الاول التاويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبضة البيضة من الجديدا والنسخ ولو قبل ونسخه أيضا ليس أولى من نسخ مار ويتم قلنا لا نار يخربق وجهه أو لوبية الحبل وهو مع الجمور فان مثله في باب الحد ودمعتين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد اطلاق الآية وبالعقل وهو ان الحقيمة مطلقا تغتربا رغبات فيه فلا يمنع أصلا كسبة فتح وهو مما يشمله اطلاق الآية (وكذا لا يخفى أخذه فلا يتحقق) باخذه (ركن السرقة) وهو الاخذ خفية (ولا حكمه الزجر) أيضا (لانها فيما يغلب) فان مالا يلج لا يحتاج الى شرع الزجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى الزجر عنه فهذا يخص عقله بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز الاجماع ثم اختلف الشارحون لمقدار معين في تعيينه فذهب أصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك وأحمد الى انه ربع دينار أو ثلاثة دراهم لاروى مالك في موطنه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر دينار فقطع عثمان يده قال مالك أحب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف أو انقض و ذلك لانه عليه الصلاة والسلام قطع في ثمن ثلثة دراهم وعثمان قطع في اترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا أحب ما سمعنا من انتهى الى ان يمتنع من ثلثة دراهم في حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في ثمن قيمته ثلاثة دراهم أخرجه الشيخان وفي نفيها عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا (غير أن الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها) وفي مسند أحمد عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا في ثلثة دراهم أو في ثلثة دراهم أو في ثلثة دراهم أو في ثلثة دراهم وقد ظهر أن المراد بما ذكر المصنف من قوله ان القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لاحقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس نفسه فقطع به اذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وبما كانت قيمته ثلاثة دراهم (ولنا أن الاخذ بالأكثر في هذا الباب أولى احتيالا لدوره) فعرف أنه قد قيل في ثمن المجن أكثر مما ذكر ويريد بذلك حديث ابن رواه الحارث

(قوله وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه التقدير بربع دينار) وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم لاختلاف بينهما من حيث المعنى لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاثة دراهم كانت ربع الدينار وقال ابن أبي ليلى رحمه الله نصاب السرقة قدر بخمسة دراهم وقال بكرمة رحمه الله باربعة دراهم وعن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما باربعين درهما وعند أصحاب الظواهر لا يعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن البصري رحمه الله (قوله وهو المتيقن به) روى في ثمن المجن ثلاثة دراهم روى أنه خمسة دراهم وعند الاختلاف في القيمة يؤخذ بالأقل كما إذا اختلف المقومون في القيمة يؤخذ بالأقل قلنا روى ابن أم أيمن وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن المجن الذي قطعت يديه على عهد رسول الله عليه السلام

الجنابة المستلزمة للجزاء وأما تقدير المال فلأذ كره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار وأما أصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري رضي الله عنه مستدلا بظاهر الآية فانه أبس فيها ما يدل على النصاب أصلا بخلاف كونه مالا محمرا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان أخذ المباح يسمى اصطيادا أو احتيالا بالسرقة وكذلك ما ليس بمحرور فاخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ ولنا معنى اسم السارق يدل على خطر الماخوذ لانه مشتق من السرقة وهي القطع من الحر فلا بد من التقدير بالمال المتغير بحافظة على المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار وعشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود

(قوله لانه خطاب الشرع الخ) أقول فيه ان الخطاب للآفة لا للسارق (قوله لانه مشتق) أقول بالاستقناع الكبير وفيه ما فيه (قوله من السرقة الخ) أقول لعل هذا مغالطة ناشئة من اشتراك اللفظ قال المصنف (غير ان الشافعي) أقول أنت خير بانه لا يدل على اعتبار التقدير بربع دينار بل وجهه أمر آخر وهذا دفع المخالفين الرايتين قال المصنف (وقد نأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم) أقول فيه انهم صرحوا بان ما يصلح عللا لا يصلح مرجحا الصبي

وهي دائرة للحدود قد تابد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا تقاطع الا في دينار وعشرة دراهم

في المستدرن عن مجاهد عن أيمن قال لم تقاطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عنه ونقل عن الشافعي أنه قال لمحمد بن الحسن رضى الله عنه هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع في ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقاطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن أيمن بن أم أيمن أن أخى أسامة بن زيد لامه وان الشافعي أجاب بان أيمن بن أم أيمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل أن يولد مجاهد قال ابن أبي حاتم في المراسيل وسالت أبي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن أيمن وكان نقيبها قال تقاطع يد السارق في ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينار قال أبي هو مرسل وأرى أنه والد عبد الواحد بن أيمن وليس له صحبة ونظهر بهذا القول أن أيمن اسم للصحابي فهو ابن أم أيمن وأنه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعي آخر وقال أبو الجراح المزني في كتابه أيمن الحبشي مولى بني مخزوم روى عن سعد وعائشة وجابر روى عنه ابنه عبد الواحد وثقه أبو زرعة ثم قال أيمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن أبي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة أن قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما أحسب أن له صحبة فقد جعله اسما لتابعين وأما ابن أبي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا قال ابن أبي حاتم أيمن الحبشي مولى ابن أبي عمرو روى عنه عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد قال سمعت أبي يقول ذلك وسئل أبو زرعة عن أيمن والد عبد الواحد فقال مكى ثقة وقال ابن حبان في الثقات أيمن بن عبيد الحبشي مولى لابن أبي عمر المخزومي من أهل مكة روى عنه عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن أيمن وكان أخا أسامة بن زيد لامه وهو الذي يقال له أيمن ابن أم أيمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم أن له صحبة فقد دهم حديثه في القاطع مرسل فهذا يخالف الشافعي وغيره ممن ذكر أن أيمن ابن أم أيمن قتل يوم حنين وأنه صحابي خيف جعله من التابعين وهكذا فعل الدارقطني في سننه أيمن لا صحبته وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن ثمن المجن دينار روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل أنه اختلف في أيمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي أو تابعي ثقة فإن كان صحابيا فلا إشكال وإن كان تابعا بثقة كما ذكره أبو زرعة لا لام العظيم الشأن وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء فادعنا بل هو حجة فوجب اعتباره وجبت في فقد اختلف في تقويم ثمن المجن أهو ثلاثة أو عشرة فيجب الأخذ بالأكثر هنا لا يجاب الشرع الدرهم ما أمكن في الحدود ثم يقوى بما رواه النسائي أيضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وأخرجه الدارقطني أيضا وأخرجه هو وأحمد في مسنده عن الجراح بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وكذا اسحق بن راهويه وروى ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مريضة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المصنف وتابد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا تقاطع الا في دينار أو عشرة دراهم وهذا مذهبنا للفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه ورواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه وأشار إليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روى عن ابن مسعود أنه قال لا تقاطع الا في دينار أو عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لأن الكل ما روه الا عن القاسم لكن في مسند أبي حنيفة من رواية ابن مقاتل عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود قال كان قطع اليد على

كان يساوي عشرة والرجوع الى قولهم أولى ليكونهم من جملة الغزاة وكانوا أعرف بقيمة المجن من غيرهم وليس هذا من جملة ما قال أن الأخذ بالأقل أولى لأن في قيمة المسروق انما يؤخذ بالأقل للدواء الخ وذلك يوجب

وقوله (واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً) بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة وثا استدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة في الحديث والراد بالكاتب القدوري وقوله (وهو الأصح) احتراز عما روي الحسن عن أبي حنيفة ما يدل على أن المضروبة وغيرها سواء وكلامة ظاهره أن قلت روت عائشة رضي الله عنها أن يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلا في ثمن بمن حجة أو ترس وروي مالك عن نافع عن عبد الله بن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقاً في ثمن ثلاثة دراهم وقد أخذ به مالك رضي الله عنه وروى

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفاً فهذا بين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الأصح رعاية لسكال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرأ قمتها أنقص من عشرة مضروبة ولا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لأنه هو المتعارف في عامة البلاد وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً ولا بد من حرز لا شبهة فيه لأن الشبهة دارت وسنينه من بعد أن شاء الله عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول وفي رواية تخالف بن ياسين عن أبي حنيفة إنما كان القطع في عشرة دراهم وآخر جهابذة من حديث محمد بن الحسن عن أبي حنيفة رفعه لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفاً كان له حكم الرفع لأن المقدرات الشرعية لا تدخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع (قوله واسم الدراهم) يعني في الحديث وهو قوله أو عشرة دراهم (ينطلق على المضروبة عرفاً) فإذا أطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القدوري (وهو ظاهر الرواية وهو الأصح) للظاهر من الحديث و (وعابه لسكال الجناية) لأن شرط العقوبة وشروط العقوبة بات برأى وجودها على وجه السكال ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زوفا لا يقطع بها ولو تجاوزهم لأن نقصان الوصف بنقصان الذات وعن أبي يوسف يقطع بها إذا كانت راحة (حتى لو سرق عشرة تبرأ) أي فضة غير مضروبة صكا (قيمتها أقل من عشرة مذكورة لا يجب القطع) على ظاهر المذهب وروي الحسن عن أبي حنيفة أنه يقطع للأطلاق المذكور وأنت تعلم أن المطلق يقيد بالعرف والعادة (قوله والمعتبر وزن سبعة) يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة ووزن سبعة (مما قيل) كفي الزكاة وتقدم بحثها في الزكاة وهو أنه ينبغي أن يرأى أقل ما كان من الدراهم على ما قالوا وأما هنا فقتضى ما ذكره من أن الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة أصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة أي يعتبر في القطع وزن عشرة فهذا مقتضى أصلهم في ترجيح تقدير الميزن بعشرة بأنه أدرا للعدوما كان دارنا كان أولى لا يقال هذا الحديث قول ثالث لأننا نقول لا نسلم أنه إنما يكون ذلك إذا تحققنا أن كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فإن من نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطاء لم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قولهم أن وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما أن قيل كالشافعية أنها كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا (قوله وقوله) أي قول القدوري (أو ما يبلغ قيمته عشرة إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وإن كان ذهباً) حتى لو سرق ديناراً قيمته أقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد أن يؤخذ بالأكثر ههنا لأن معنى الدرهم فيه وقد روي أن عمر رضي الله عنه أتى بسارق سرق ثوباً فأمر بقطع يده فقال عثمان رضي الله عنه أن سرقته لا تساوي عشرة فأمر بتقويمه بثمانية دراهم فدرء الحد عنه فدل أنه كان ظاهراً معروفاً فيما بينهم أن النصاب يقدر بعشرة دراهم (قوله كما قال في الكتاب) أي القدوري وهو قوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة (قوله وهو الأصح) احتراز عما روي الحسن عن أبي حنيفة راحة الله تعالى عليه ما يدل على أن المضروبة وغيرها سواء (قوله والمعتبر وزن سبعة) أي المعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل لأنه المتعارف في وزن الدراهم في عامة البلاد (قوله إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً) لا يقال إن الذهب منصوص عليه بقوله عليه السلام لا قطع إلا في غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً

عمره عن عائشة موقوفاً ومرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في أربع دنانير فصاعداً به أخذ الإمام الشافعي رضي الله عنه فواجهه دفعاً قالت مدلول الحديث واحد لأن قيمة الدينار كانت اثني عشر درهماً وثلاث دراهم كانت أربع دنانير ويعارضها ما روي في السنن وشرح الآثار مسنداً إلى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلاً في ثمن ديناراً وعشرة دراهم ولما تعارضوا ولا مرجح صرن إلى إطلاق قوله عليه السلام لا قطع إلا في دينار الحديث وإلى المعقول وهو أن العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبنا مع اشتباهه على الاحتياط للدرء فوجب العمل به

(قوله إلا في ثمن بمن حجة) أقول بالضرورة بتقديم الحجة (قوله ولما تعارضوا ولا مرجح صرن إلى إطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحثاً أما أولاً فلأن قوله

ولا مرجح ممنوع وأما ثانياً فلأن شرحه لا يطابق المشرع والآخر إلى القول لصاحب الهداية أن الاحتياط لا كثرة في هذا الباب تعالى أولى الخ (قوله وهو أن العمل بمذهبنا يستلزم العمل الخ) أقول فيه بحثاً إذا ادعاه من الاستلزام غير ظاهر بل الظاهر عكس ذلك والجواب أن مراده العمل بمذهبنا عمل بالمتفق عليه دون مذهبه فإنه مختلف فيه وأدنى درجات الخلاف إيراد الشبهة فتأمل قال المصنف (إشارة إلى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وإن كان ذهباً) أقول فيه تامل فإن المذكور في الحديث الذي روي به صحابنا إلا في ديناراً وعشرة دراهم فما بالهم

قال (والعبد والحر في القلع سواء) لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فبما كمال صيانة لاموال الناس (ويجب القلع باقراره مرة واحدة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يقطع الا باقرار مرتين) وروى عنه انه ما في مجلسين مختلفين لانه احدي المجتئني فيعتبر بالآخرى وهى البيئة كذلك اعتبرنا من الدينار المذكور انه يقطع به في الحديث ما يكون متقوما به لا قيمة الوقت أى يكون ديناراً فبما حشرة درهم فضة جياذ بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كانا في الوقت كذلك أولاً فلا اعتبار للوقت لانه لا يزد وينقص فيه السهر ولا بد من كون قيمة غير الغضة بعشرة يوم السرقة ووقت القلع حتى لو نقص القيمة وقت القلع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين فعلى هذا اذا سرق في بلد ما قيمته فيها عشرة فأخذ في أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع وفي قول الطحاوى يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوى عشرة مصكوك لا يقطع لانه يخالف النص وهو قوله لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم في محل النص وهو أن يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب المأخوذ وعليه مذكور في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوباً بقيت فيه دوين العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر من علامة فتاوى أئمة سمرقند اذا سرق ثوباً باليساوى عشرة وفيه درهم مضر وبه لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء الدرهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدرهم ألا يرى أنه لو سرق كيساً فيه درهم كثيرة يقطع وان كان الكيس يساوى درهمين ولا بد من أن يكون للمسروق منه يد واحدة حتى لو سرق عشرة ودية عند رجل ولو اعشره رجل يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وان يخرج منه ظاهر حتى لو ابتلع ديناراً في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر أن يغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب بجمرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع (قوله والعبد والحر في القلع سواء لان النص لم يفصل) بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف (فبما كمال) وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة (صيانة لاموال الناس) والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة وما لا كمل ضرورة والأهدر السبب في حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد فدل على نصف حد الاحرار بقوله تعالى فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناول الارقاء (قوله ويجب القلع باقراره مرة واحدة عند أبي حنيفة ومحمد) ومالك والشافعي وأكثر علماء هذه الامم (وقال أبو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وزفر وابن شبرمة وبروي عن أبي يوسف اشتراط كون الاقرارين في مجلسين استدلووا بالمنقول والمعنى أما المنقول فمأروى أو داود عن أبي أمية الخزرجي أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما خالك سرقت فقال بلى يا رسول الله فاعاد عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثاً فامر به فقطع فلم يقطع له الا بعد تذكر واقاره وأسند الطحاوى الى علي رضي الله عنه أن رجلاً أقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع فعلقها في عنقه وأما المعنى فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عدد الاقرار به بعد الشهود نظير ما لحاق الاقرار في حد الزنا في العبد بالشهادة فيه ولا يبي حنيفة ما أسند الطحاوى الى أبي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله أن هذا سرق فقال ما خاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسوه ثم اتنوا به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له تب الى الله عز وجل فقال تب الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة وأما المعنى فعراض بحد القذف والعصا وهو وان لم يكن كحد فهو في معناه من حيث انه محقوبة

من الدينار المذكور انه يقطع به في الحديث ما يكون متقوماً به لا قيمة الوقت أى يكون ديناراً فبما حشرة درهم فضة جياذ بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كانا في الوقت كذلك أولاً فلا اعتبار للوقت لانه لا يزد وينقص فيه السهر ولا بد من كون قيمة غير الغضة بعشرة يوم السرقة ووقت القلع حتى لو نقص القيمة وقت القلع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين فعلى هذا اذا سرق في بلد ما قيمته فيها عشرة فأخذ في أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع وفي قول الطحاوى يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوى عشرة مصكوك لا يقطع لانه يخالف النص وهو قوله لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم في محل النص وهو أن يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب المأخوذ وعليه مذكور في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوباً بقيت فيه دوين العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر من علامة فتاوى أئمة سمرقند اذا سرق ثوباً باليساوى عشرة وفيه درهم مضر وبه لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء الدرهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدرهم ألا يرى أنه لو سرق كيساً فيه درهم كثيرة يقطع وان كان الكيس يساوى درهمين ولا بد من أن يكون للمسروق منه يد واحدة حتى لو سرق عشرة ودية عند رجل ولو اعشره رجل يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وان يخرج منه ظاهر حتى لو ابتلع ديناراً في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر أن يغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب بجمرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع (قوله والعبد والحر في القلع سواء لان النص لم يفصل) بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف (فبما كمال) وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة (صيانة لاموال الناس) والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة وما لا كمل ضرورة والأهدر السبب في حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد فدل على نصف حد الاحرار بقوله تعالى فعليه نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناول الارقاء (قوله ويجب القلع باقراره مرة واحدة عند أبي حنيفة ومحمد) ومالك والشافعي وأكثر علماء هذه الامم (وقال أبو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين) وهو قول أحمد وابن أبي ليلى وزفر وابن شبرمة وبروي عن أبي يوسف اشتراط كون الاقرارين في مجلسين استدلووا بالمنقول والمعنى أما المنقول فمأروى أو داود عن أبي أمية الخزرجي أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما خالك سرقت فقال بلى يا رسول الله فاعاد عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثاً فامر به فقطع فلم يقطع له الا بعد تذكر واقاره وأسند الطحاوى الى علي رضي الله عنه أن رجلاً أقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع فعلقها في عنقه وأما المعنى فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال حد فيعتبر عدد الاقرار به بعد الشهود نظير ما لحاق الاقرار في حد الزنا في العبد بالشهادة فيه ولا يبي حنيفة ما أسند الطحاوى الى أبي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله أن هذا سرق فقال ما خاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسوه ثم اتنوا به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له تب الى الله عز وجل فقال تب الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة وأما المعنى فعراض بحد القذف والعصا وهو وان لم يكن كحد فهو في معناه من حيث انه محقوبة

دينار أو عشرة دراهم لاننا نقول نعم قد ورد في بعض الاخبار ذكر الدينار ولكنه لم يبلغ في الشهرة مبلغ الدرهم وذكر شيخ الاسلام رحمه الله تعالى عليه أن بذكر العشرة تبين أن المراد بالدينار المتقوم بقيمة الشرع

لم يعتبر والقيمة بالدينار مع تقدم في الذكرو الاحتيال فيه للدرء أشد ولم يقوموا جنس الذهب بالدينار وجنس الفضة بالدرهم وغيرهما باحدهما اياماً كان لم أقف على وجهه في كتبهم الى الآن ولعل مستندهم ان تقويم الجن وقع بالدرهم في الرواية التي أخذوا بها وفيه تأمل وجواب ذلك مذكور في الكافي فراجع (قوله وجدت الاعتراض الى قوله ساقطاً) أقول الاعتراض للسفنا

في الزنا ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفي به كفي القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تعيد فيها لتقليل نية الكذب ولا تعيد في الاقرار شيئا لانه لا نهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لان صاحب المال يكذبه واشترط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال (ويجب بشهادة شاهدين) لتحقيق الظهور وكفي سائر الحقوق

هكذا ظهر الموجب مرة (فيكتفي به كالة قصاص وحد القذف) وأما قياسه على الشهادة فمع الغارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقليل النية ولا نهمة في الاقرار اذ لا يتهم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا باغا على أن الاقرار الاول اصادق فالثاني لا يقيد شيئا اذ لا يزداد صدقا واما كاذب فبالثاني لا يصير صدقا فظاهر أنه لا فائدة في تكراره فان قيل فائدة رفع احتمال كونه يرجع عنه أجاب المصنف بقوله وباب الرجوع في حق الحد لا يكتفي بالتكرار فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل في الحد ودل عليه في المال ورجوعه بوجه (لان صاحب المال يكذبه) فلا يقبل رجوعه واما النظر المذكور أعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كفي الشهادة به فلان سلم أن ذلك يعارض القياس وكيف وحكم أصله وهو لزادة في العدد مدلول عن القياس فالواقع أن كلامنا تعدد الشهادة وتعدد الاقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء بالقياس والله سبحانه وتعالى أعلم \* (فروع) \* من علامة العيون قال أناسا في هذا الشوب يعني بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال والاول على الحال وفي عبون المسائل قال سرقت من فسلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة درهم هذا اذا ادعى المقر له المالكين وهو قول أبي حنيفة لانه يرجع عن الاقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقه الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقه الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيئا وادعى المقر له المائتين لانه أقر بسرقة مائتين فوجب القطع وانتفي الضمان والمائة الاولى لا بدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ورجع عنهم فوجب الضمان ولم يوجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو أنه صدقه في الرجوع الى المائة لا ضمان (قوله ويجب بشهادة شاهدين كفي سائر الحقوق) وهذا باجماع

عشرة لابقية الوقت لان باعتبار الوقت قد يبلغ الدينار ثلاثين أو أربعين فيصير في التقدير كانه قال لا تقطع اليد الا في ثلاثين أو أربعين وعشرة وبيان النصاب على هذا الوجه لا يستقيم فعلم أن المراد بالدينار الدينار المقوم بالعشرة وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين وهو أيضا قول ابن أبي ليلى وكذلك الخلاف في الاقرار بشرب الخمر ذكر بشر ورجوع أبي يوسف الى قوله ما قال القاضي الامام الزنجري رحمه الله في تعليل هذه المسئلة على قولهما أن الاقرار في المرة الاولى ان كان يوجب القطع مع الكلام وتم المرام ولم يوجب القطع يوجب الضمان بلا ريب فلما وجب الضمان باقراره الاول فلو وجب باقراره الثاني سقط الضمان الواجب والانسان لا يستقل باسقاط الضمان الواجب بقوله وكان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول العجب من أبي يوسف رحمه الله ان شأنه علا وارفع هذه المسئلة تحين كل حامل الذكركان في مجلس هارون الرشيد فاني بسارق فقالوا للسارق أنت سرقت هذا المال فقال أنا أخذت هذا المال فاتفق الفقهاء من أهل المعالم أنه يقطع فقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع لانه ما أقر بالسرقه وانما أقر بالاخذ والاخذ يوجب الضمان دون القطع فإرأوا وخجلوا وأقروا أن ما قاله حق لكن قالوا نساه نأينا فسلوه فقال نعم سرقت فقالوا الله أكبر الا أن يقطع فقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع لان الضمان وجب عليه بالاقرار فإرأوا الا أن يسقط الضمان عن نفسه فإرأوا أهل المعالم من الشيب والشبان أن الحق ما قاله وذكر في المبسوط تعليلا لمحمد رحمه الله لم أقطعه في المرة الاولى ولم أقطعه في المرة الثانية لان المال صار دينا عليه بالاقرار الاول فهو بالاقرار الثاني يرد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون متهما في ذلك فلا يقطع حينئذ وان كان المال

(قوله ولا اعتبار بالشهادة) جواب عن قياس احدي المجتهدين بالآخرى ببيان الغارق وهو ما ذكرنا الزيادة تعيد فيها لتقليل نية الكذب ولا تعيد في الاقرار شيئا لانه لا نهمة وباب الرجوع (جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كفي الزنا وجه ذلك انه لو أقر مرارا كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لا مكذبه فيه بخلاف الرجوع عن المال فان فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح قطره بهذا أن لا فائدة في تكرار الاقرار لافي حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال بالاقرار وقوله (واشترط الزيادة في الزنا) جواب عن قوله وكذلك اعتبارنا في الزنا

(وينبغي أن يسألها الامام عن كيفية السرقة) فيقول له كيف سرق لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع فإنه لا يقطع فيه عند أبي حنيفة ومحمد (وعن ماهيتها) لجواز أن يكون المأخوذ شيئا فاقطع فيه وهذا (١٢٧) مشكل لأن ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذ كرهما

الآحاد الفقهاء فيحتاج الى

حضور الفقهاء شرطاً

لظهوره وفي ذلك سداً

انقطع (وعن زمانها) ديماً

يثبت بالبيئة لجواز تقادم

العهد المانع عن القطع

لوجود التهمة بخلاف ما إذا

ثبت بالقرار فان التقادم

فيه ليس بمانع لعدمها فلا

يسأل عن الزمان فان قيل

الشاهد في تأخير الشهادة

هنا غير متهم لأنه لا يقبل

شهادته بدون الدعوى فينبغي

أن لا يسأل فيما إذا ثبت

بالبيئة كإسأل فيما إذا

ثبت بالقرار قلنا ان الجواب

قد تقدم في باب الشهادة

على الزمان (وعن مكانها)

لجواز أنه سرق من غير الحرز

أو في دار الحرب وقال في

المحيط ويسألهم عن

المسروق منسأً أيضاً لجواز

أن يكون المسروق منه هذا

رحم محرم منه أو أحد

الزوجين ولعله مستغنى عنه

لان المسروق منسأً حاضر

بخاصهم والشهود تشهد

بالسرقة منه فلا حاجة الى

السؤال عن ذلك وقوله

(ويجب) أي المشهود عليه

لأنه صار متهماً بالسرقة

فيجب لماروينا أن رسول

(قوله لان المسروق منه

حاضر بخاصهم الخ) أقول

فيه تأمل قال المصنف (ويجب) أقول نعرير الانوثيغا قال الاتقاني بالنصب عطف على قوله أن يسألهم وانما يجب عليه إلى أن يسألوا عن عدالة

الشهود لان التوثيق بالكفالة ليس بمشروع في ما بيننا على الدرع انتهى وقد مر في أوائل الحدود ما يتعلق بالحدود فراجع

وينبغي أن يسألها الامام عن كيفية السرقة وما هي أركانها ومكانها وزمانها ومكانها في الحدود  
ويجب عليه أن يسأل عن الشهود للتهمة

الامة (قوله وينبغي أن يسألها الامام عن كيفية السرقة) أي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كان نقب الجدار وأدخل يده فأخرج المتاع فاقطع عليه لا يقطع على ظاهر المذهب الثلاثة أو أخرج بعض النصاب ثم عاد وأخرج البعض الآخر أو ناوله فبقاه على الباب فأخرجه ويسألها (عن ماهيتها) فإنها تطلق على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة (وعن زمانها) لاحتمال التقادم وعند التقادم إذا شهدوا بضمين المال ولا يقطع على مامر وتقدم أيضاً أو ورد من أن التقادم ينبغي أن لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يهتم في تأخير له لتوقعه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ولقاضيخان ويسألها عن المكان لاحتمال أنه سرق في دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتعافا وفي الكافي وعن المسروق اذ سرقة كل مال لا توجد جبا قطع كافي الثمر والكمثرى وقدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجد جبا قطع كذا في الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يتخصصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وأنت تعلم أن شهادتهم بانه سرق من هذا الحاضر وخصوصاً الحاضر لا يستلزم بيانها النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم أن يقول سرق مالي وأما لاه وأجده وانما يسأل عن هذه الامور احتياطاً للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسهل الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة فقلعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يغفلوا لانه صار متهماً بالسرقة والتوثيق بالتكفيل ممنوع لانه لا كفالة في الحدود وهذا نظر وهو أن اعطاء التكفيل بنفسه جائز وعلى قول أبي يوسف يجبر ولم يقع تفصيل في هذا الحكم أعني حبسه عند إقامة البينة حتى يزكو او مقتضى ما ذكر من أنه يجب حبس متهم ما يوجب الحد لا التعزير بسبب أنه صار متهماً بالفساد أنه لو صح التكفيل ينبغي أن لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض ولذا ذكر في الفتاوى من يهتم بقتل والسرقة بحبس وتخصا في السجن الى أن يظهر التوبة بخلاف من يبيع الخمر ويشترى ويترك الصلاة فانه يحبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل اص معر وف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة له غير مشغول بالسرقة فليس له أن يقتله وله أن يأخذه وللإمام أن يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر للمتهم مشروع واذ عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطع له الا بحضرته وان كان حاضر والشاهدان غائبان لم يقطع أيضاً حتى يحضرا وكذلك في الموت

قائماً بعينه رددته بعد الاقرار الاول قبل الاقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال ألا ترى أن بالشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال فبالاقرار أولى (قوله وينبغي أن يسألها عن كيفية السرقة) فيقول كيف سرق لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع وفي هذا الوجه لا يقطع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وما هي أركانها بهم الاسم محتمل فان من يستمع الى كلام الغير سراً يسمى سارقاً فان الله تعالى الامن استرق السمع ومن لا يعتدل في الر كوع والسجود يسمى سارقاً قال عليه السلام ان أسوأ الناس سرقة من يسرق من صلاته وزمانها أي فيما إذا ثبتت السرقة بالبينة فبإسألها الامام فيقول متى سرق لجواز أنه تقادم العهد وأنه مانع للقطع اذا ثبتت السرقة بالبينة وأما اذا ظهرت بالاقرار فلا يحتاج الى السؤال عن الزمان لان تقادم الزمان لا يمنع صحة الاقرار كذا في المبسوط والمحيط (قوله ومكانها) لجواز أنه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب لانه لا يقيم الحد على من باشر السبب في دار الحرب (قوله ويجب عليه أن يسأل عن الشهود)

فيه تأمل قال المصنف (ويجب) أقول نعرير الانوثيغا قال الاتقاني بالنصب عطف على قوله أن يسألهم وانما يجب عليه إلى أن يسألوا عن عدالة الشهود لان التوثيق بالكفالة ليس بمشروع في ما بيننا على الدرع انتهى وقد مر في أوائل الحدود ما يتعلق بالحدود فراجع



قال (واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع) لان  
الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيه ترك مال النصاب في حقه  
\*(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)\*

(ولا قطع فيما يوجد نافعها ما حافى دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنج  
والمغرة والنورة) والاصل فيه حديث عائشة قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة

وهذا في كل الحدود سوى الرجم وبعض القصاص ان لم يحضر واقتصنا ما هكذا في كافي الحاكم (قوله) واذا  
اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصاب اقل لا يقطع) ومعلوم تعيينه  
قطعهم بما اذا لم يكن منهم أحد ذو ربح من السرقة ومنه ولا يصح وعند مالك يقطعون وان لم يصب  
أحدهم نصاب بعد كون تمام السرقة ثلاث دراهم لدخولهم تحت النص قلنا لا يقطع لكل سارق بسرقة  
نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد يعني أنه وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرد بل حتى  
يكون ما سرقة نصابا والله أعلم

\*(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)\*

ما يقطع فيه هو السرقة وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثاب بالنسبة الى نفس الفعل فلذا أخرجه عن بيان  
السرقة وما يتصل بها (قوله) لا قطع فيما يوجد نافعها ما حافى دار الاسلام) أي اذا سرق من حرز لا شبهة فيه  
بعد ان أخذوا حرز وصار محلو كالتاف والتف الحقيق الحسيس من باب لبس (كالخشب والحشيش  
والقصب والسمك والطير والصيد) برأ أو بحريا (والزرنج والمغرة) وهو بغض الغن المحجمة الطين الاخر  
ويجوز اسكانها (والنورة) (قوله) والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها (هو ما واه ابن أبي شيبة في  
مصنفه ومسنده حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق  
يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه زاد في مسنده ولم يقطع في أدنى من ثمن محجمة أو  
نرس ورواه مرسل أيضا حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن أبيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا  
ابن جرير عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه أنه أخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل  
مسند أخرجه عن عبد الله بن قيس الغزالي عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة ولم يقل في عبد الله هذا  
شيئا الا أنه قال لم يتابع عليه ولم أر للمتقدمين فيه كلاما فذكره لا يبين ان في روايته نظرا ولا يخفى أن هذه  
المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصله من حديث ابن أبي شيبة ومتابعة عبد الرحيم بن سليمان وأدعاه في هذا

للتهمه لانه لا يمكن التوثيق بالتكفير لانه لا كفالة في حقوق الله تعالى ويمكن من القضاء قبل ظهور  
عد التهم لان القطع بتعذر تلافيه عند وقوع الغلط فيه (قوله) واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل  
واحد منهم عشرة دراهم قطع) هذا اذا لم يكن بين هؤلاء السارق صبي أو مجنون فان كان واحد منهم ما بينهم دري  
الحد عنهم في قول أبي حنيفة وزفر رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبي والمجنون وليا  
اخراج المتاع دري الحد عنهم وان كان الذي ولي سواهما قطعوا الا الصبي والمجنون لان الحامل هو الاصل  
كذا في الابضاح (قوله) وان اصابه اقل لا يقطع خلافا لما لا يقطع الله) ولا رد على هذا وجوب القصاص على  
جماعة قتلوا واحدا لان القتل بطريق التغلب غالب فاحتج الى الشرع الزجر لتقليله ولا كذلك سرقة ما لا  
يصيب كل واحد منهم الا شيء قليل ولان اثرها في الروح غير متجزئ فيضاف الى كل واحد منهم كمالا كولاية  
الانكاح للدولياء المستوين في الدرجة والله أعلم بالصواب

\*(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)\*

(قوله) ولا قطع فيما يوجد نافعها ما حافى دار الاسلام) وما يوجد نافعها ما حافى دار الاسلام يعرف بالرجوع الى العرف فان  
يورث الشبهة لان الاموال كلها في دار الحرز على الاباحة وتغاضة الشيء يعرف بالرجوع الى العرف فان

الله صلى الله عليه وسلم حبس  
وجلسا بالتهمة وقوله  
(واذا اشترك جماعة) ظاهر  
واستشكل بما اذا قتل جماعة  
واحد فانهم يقتلون كلهم  
وان لم يوجد من كل واحد  
منهم القتل على السكال  
واجيب بان القصاص  
يتعلق بانخراج الروح وهو لا  
يتجزئ فيضاف الى كل واحد  
منهم كمالا والله أعلم

\*(باب ما يقطع فيه وما لا  
يقطع)\*

لما فرغ من ذكر تفسير  
السرقة وشروطها وما  
يتعلق بها ذكر في هذا  
الباب مسرورا فوجب القطع  
ومسرورا لا يوجبها وان  
وجد فيه النصاب ولا يرد  
ما قبل كان الواجب أن  
يذكر قوله واذا اشترك  
جماعة في سرقة في هذا الباب  
لانه ان اصاب كل واحد منهم  
نصاب كان مما يقطع فيه  
وان اصابه اقل كان مما لا  
يقطع فيه لان هذا الباب  
ليبان ما يقطع فيه وما لا  
يقطع بعد وجود النصاب  
(قوله) لا قطع فيما يوجد  
نافعها) ظاهر والمغرة  
بالغصاة الثلاث الطين  
الاجر وتسكين الغن فيه

\*(باب ما يقطع فيه وما لا

يقطع)\*

(قوله) ولا يرد ما قبل) أقول  
القاتل هو الاتقاني

لغة وقوله (وما يوجد حسنة) مبتدأ وقوله حقير خبره وقوله (بصورته) احتراز عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان في سرقتها القطع وان كان أصلها من الخشب وأصل الحصر يوجد مباحا لغيرها عن صورته الأصلية بالصنعة المتقومة وقوله (غير مرغوب فيه) نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة والؤلؤ والجوهر فانما توجد مباحا في دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام بن محمد اذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة وهي أن تكون مختلطة (١٢٩) بالحر والتراب لا يقطع وجه الظاهر أنها ليست بشاة جنس فان كل

من يمكن من أخذه لا يتركه عادة وقوله (تقل الزغبان فيه) جله استنافية وقوله (والطباع لا تضن به) أي لا تبخل بفتح الصاد وهو الأصل وجاء بالكسر أيضا وقوله (فقلما يوجد أخذه على كره من المالك) أي قليل وجود حقوق الملائة بالمالك عند أخذ هذه الاشياء منه بل يرضى بالأخذ توفيا عن حقوق سمعة حساسة الهمة وتغديا عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة الى سرعة الزاجر وقوله (والطير يطير والصيد يفر) يعني لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا تشرع الزاجر في مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الابواب وقوله (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي فيما يوجد جنسه مباحا (وهو على تلك الصفة) أي الصفة التي كان عليها وهي مشتركة يحترز به عن الابواب والاواني المتخذة من الخشب كما كرنا (نور الشبهة) أي شبهة الاباحة بعد احرازه (والحد يندري

والسلام في الشيء) أي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الأصل بصورة غير مرغوب فيه حقير تقبل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة الى سرعة الزاجر ولهذا لم يوجب القمع في سرقة مادون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص ألا يرى أن الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للحرز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة نورث الشبهة والحد يندري بها ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولا طلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في الطير

فقال المصنف (ما يوجد جنسه مباحا في الأصل بصورة) أي الأصلية بان لم تحدث فيه صنعة متقومة (غير مرغوب فيه حقير) فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والشك بخصوص بقاطع بخاز مطلقا وقوله (بصورته) ليخرج الابواب والاواني من الخشب و (غير مرغوب فيه) ليخرج نحو المعادن من الذهب والفضة والصفر والبواقيب والؤلؤ ونحوها من الاجار لكونها مرغوب فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرع فقال ينبغي أن يقطع به لانه يحترز ويصان في ذلك كين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والابنوس واختلف في الوسم والحناء والوجه القمع لانه جرت العادة باحرازه في ذلك كين وقوله (تقل الرغبات فيه) يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل اليه (ولا تضن به الطباع) اذا حرز حتى أنه (قلما يوجد أخذه على كره من المالك) ولا ينسب الى الجنابة بناء على ان الضن بها تعد من الحساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى سرعة الزاجر فيه كما دون النصاب قال المصنف (ولان الحرز فيها ناقص) فان الخشب بصورة الاولى يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للحرز وذلك في زمانهم وأما في زماننا فيحرز في ذلك كين التجار قال (والطير يطير) يعني من شأنه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه أن قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز الآن هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى (وكذا الشركة العامة التي كانت فيه) أي في الصيد قبل الاحراز بقوله عليه الصلاة والسلام الصيدين أخذه (وهو) حال كونه (على تلك الصفة) أي الأصلية (نورث) الشركة العامة فيه (شبهة) بعد الاحراز فيمتنع القمع والوجه أن يحمل على ان الشبهة العامة الثابتة في الكل بالاباحة لاصلها ثابتة بالاجماع وأما قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاثة فانما يتناول الحشيش والقصب بلفظ الكلا فية قصورا أيضا قال (ويدخل في السمك المالح والطري) وصوابه السمك المالح أو المملوح (وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير فيقل احرازه وأما قوله (ولا طلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير) حديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار قال أتى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فاراد أن

الانسان قد ترك الاخذ مع القدرة عليه وبعد اطهار الرغبة فيه عن الحساسة وكذا الضن به تعد من الحساسة وتغايته من هذا الوجه يحل خطره وقلة الخطر يمنع وجوب القمع كنقصان قدر النصاب (تقوله بصورة) أي بخلافته الأصلية (قوله والطير يطير والصيد يفر) بيان نقصان الحرز (قوله وهو على تلك الصفة)

(١٧ - فتح القدير والسكفانية - خامس) بها) وفي التعبير بالشركة العامة اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاثة في الكلا والماء والنار وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو المقد الذي فيه المالح قال المصنف (غير مرغوب) أقول قال السكاكي وصاحب النهاية قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحا وأما السارح جعله حالا (قوله لحق الملائة) أقول الظاهر أن يقال لحق المشقة (قوله يعني كان الامر كذلك الخ) أقول الاولى أن يقال ولما كان الامر كذلك كان في حرزه نقصان فان قوله الا يرى ان الخشب الخ تنویر نقصان الحرز

وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرنا قال (ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في غمر ولا كثر ولا كثر الجار وقيل الودي وقال عليه الصلاة والسلام لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع اليه الفساد كاللبن لا كل منه وما في معناه كاللحم والتمر لأنه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي يقطع فيما لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في غمر ولا كثر فاذا آواه الجرين أو الجران قطع

يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن أبي شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال أي عمر بن عبد العزيز بن رجل قد سرق طيرا فاستغنى في ذلك السائب ابن يزيد فقال ما رأيت أحدا قطع في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر فان كان هذا مملا بحال لا يرى فيه حكمه محكم السماع والافتقار للصحابي عندنا وأوجب لسائر (قوله) وعن أبي يوسف أنه يجب القطع في كل شيء إلا الطين والتراب والسرقين) وروى عنه الأبي الماء والتراب والطين والجص والمعارف والنيذلان ماسوي هذه أموال متقومة تحرق فصار كغيرها أو الإباحة الأصلية زالت وزال أثرها بالأحرار بعد التملك (وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرنا) من حديث عائشة وثبوت الشبهة (قوله) ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم) والخبر أيضا ذكره في الإيضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوفا قديدا أو غيره (والفواكه الرطبة) وعن أبي يوسف يقطع بها به قال الشافعي لما روى عنه عليه الصلاة والسلام من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عماره عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال من أمه أب يغيبه من ذي حاجة غير مخذبة فلا شيء عليه ومن خرج شيء منه فعليه غرامة مثله ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن الجن فعليه القطع أخرجه أبو داود وعن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبيد الله بن الأخنس وعن محمد بن اسحق أربعة ثم عن عمرو بن شعيب وأخرجه النسائي أيضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب وفي رواية أن رجلا من مزينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجريسة التي تؤخذ من مراتعها فقال فيها ثمرتين وضرب ونكاح وما أخذ من عطنه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن الجن قال يارسول الله فالثمار وما أخذ منها في أمكها فاقطع ما أخذ من عطنه ففيه القطع إذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن الجن فلعنه ثمنه مرتين وضرب ونكاح وما أخذ من أجزائه ففيه القطع ورواه أحمد والنسائي وفي لفظ ما ترى في الثمر المعلق فقال ليس في شيء من الثمر المعلق قطع إلا آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن الجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن الجن ففيه غرامة مثليه وجلدات ونكاح ورواه الحاكم بهذا المتن وقال إمامنا اسحق بن راهويه إذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب نقه فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمر ورواه ابن أبي شيبة ووقف على عبد الله بن عمرو وقال ليس في شيء من الثمار قطع حتى يؤول الجرين وأخرج عن ابن عمر مثله سواء أجاب (بأنه) أخرجه على وفق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع) لكن ما في المغرب من قوله الجرين المراد هو الموضوع الذي يلي فيه الرطب ليحرقه جمع جرن يقتضي أنه يكون فيه الرطب في زمان وهو أول وضعه واليابس وهو الكائن في آخر حاله فيه ثم ليس في هذه الأحاديث لفظ الجران وكأنه وقع احتراز عن الأواني والأواب المتخذة من الخشب فان فيها القطع (قوله) والكثير الجار) وهو شيء أبيض لين يخرج من رأس النخل ومن قال هو حطب أو صغار النخل فقد أخطأ ذكره الطارزي والودي الصغار من النخل وقيل غصن يخرج من النخل فيقطع ويغرس (قوله) لأنه يقطع في الحنطة والسكر اجماعا) هذا إذا سرق في أيام الحصب أما الجماعة والقمح قال مشايخنا رحمهم الله لا يجب القطع بسرقة الطعام مطلقا من غير تفصيل بين المهيأ للاكل وغيره لأنه يرخص له بتناول مال الغير بالقيمة عند المخمصة (قوله) وإذا آواه الجرين أو الجران) هذا

وقوله (والحنطة عليهما ما ذكرنا) يعني حديث عائشة وما ذكر بعده والجار تحم النخل وهو شيء أبيض يقطع من رؤس النخل ويؤكل والودي صغار النخل وقوله (كاللبن لا كل) يعني مثل الخبر واللحم وأمثالهما لأنه يقطع في الحنطة والسكر بالاجماع إذا لم يكن العام عام بجماعة وقسطا ما إذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد أو لا وقوله (كاللحم والتمر) اللحم راجع إلى نوله كالمهيأ للاكل منه والتمر راجع إلى قوله وما في معناه فكان كلامه لغاؤشرا (وقال) الشافعي رضى الله عنه يقطع فيها) أي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام (والجرين) المراد هو الموضوع الذي يلي فيه الرطب ليحرقه هو موضع يذخر فيه الثمر (والجران) مقدم عنق البعير من مذبحه إلى مخزئه والجمع جرن جاز أن يسمى الجراب اتخذ منه فكان المراد منه أحد الطرفين ويجوز أن يكون الشك

من الراوى (فلنا أخرجه على وفاق العادة) فان فى عادتهم أن الجربى لا يؤدى الا اليابس من الثمر وفيه القلع فى الرواية المشهورة قال (ولا تقطع فى الغاكة على الشجر والزروع) وكان هذا معلوما من قوله والغاكة الرطبة لكن أعاده ثمهد القول والزروع الذى لم يحصل لعدم الاحراز فيها (ولا تقطع فى الاشربة المطربة) أى المسكرة قال فى الصحاح الطرب بفتح تصيب لانسان لشدة حزن أو سرور وفسر السكرف فى أصول الفقه بأنه غلبة سرور فى العقل فالتعبق بفتح معنى السرور فلذلك استعير الاطراب لسكرالامام الثمريتسمى لاقطع فى الاشربة المطربة المسكرة وهو يؤذن بصفة تفسر المطربة بالمسكرة

ترود من الراوى فقد أشكل عليه لفظ النبي عليه السلام فقال هذا أو هذا والجر من المر بدو هو الموضع الذى  
 يليق فيه الرطب ليحف كذا فى المغرب وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى مخزفه فإز أن يسمى به هنا  
 الجراب المتخذ منه (قوله على وفاق العادة) يعنى انما ثبت القطع فيما أو اء الجر من بناء على عادتهم أنهم كانوا  
 لا يضعون فى الجر من الالباس فانصرف اللفظ الى الباس فإىكون حجة علينا لانا نقول بوجوب القطع فى  
 الباس (قوله ولا تطلع فى الغا كهة على الشجر وان ببس ولا يقطع فى الاثر به المطربة) أى المسكرة وفى

يتناول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي ماله بعضه الاختلاف فتتحقق شبهة عدم المالية قال (ولافي الطنبور) لانه من المعازف (ولافي سرقة المصنف وان كان عليه حلية) وقال الشافعي يقطع لانه مال منقوم حتى يجوز بيعه وعن أبي يوسف مثله وعنه أيضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصنف فتعتبر بانفرادها ووجه الظاهر أن لا تحذف في أخذ القراءة والنظر فيه ولانه لا مال له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والوراق والحلية وانما هي قوايع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خر وقيمة الا آنية تبرز على النصاب (ولا قطع في أبواب المسجد) لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل أولى لانه يحزر بباب الدار ما فيها ولا يحزر بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه

النض من المال المتقوم فلا يلحق به في موضع وجوب البرء بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على أنه يتناول فيها الاوافة فتثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفي سرقة الاصل يقطع بالخل ونقل الناطق من كتاب المجرد قال أبو حنيفة لا قطع في الخل لانه قد صار خر امرة وفي نوادر ابن سماعه رواية على بن الجعد لا قطع في الرب والجلاب (قوله ولا في الطنبور) ونحوه من آيات الملاهي بالاختلاف أيضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متاعها وعند أبي حنيفة وان ضمها الغير للهو الا أنه يتناول أخذها للهوى عن المنكر والمعاذف جمع المعزف وهي آلة اللهو (قوله ولا في سرقة المصنف وان كان عليه حلية وقال الشافعي) ومالك وهور واية عن أحمد (يقطع) وهور واية عن أبي يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفي رواية أخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال يحزر ببيع ويشري ولان ورقه مال وبما كتب فيه ازاداه ولم ينقص وفي رواية أخرى من أحمد ان أخذته يتناول القراءة لازالة الاشكال لا يقطع (وجه الظاهر أن لا تحذف في أخذ القراءة والنظر فيه) ولان المالية للتبع وهي الحلية والوراق لا للمنبوع وهو المكتوب (واحرازه لاجله) ولا تحذف أيضا يتناول أخذته لاجله للتبع (ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خر وقيمة الا آنية تبرز على النصاب) لا يقطع ولكن سرق صياوغ عليه حلى كثيرا لا يقطع لان المقصود ليس المال قال في المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بهام أقطعه وان كان يعلم فاعليه القطع وعن أبي يوسف عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقة تمت في نصاب كامل ولكننا نقول ان السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم به واذا كان عالما بالدراهم فقصده أخذ الدراهم بخلاف ما اذا لم يعلم فان قصده الثوب وهو لا يساوي نصابا وقد تقدم في مثله أنه ان كان الثوب مما يجعل وعاءا عادة للدراهم قطع والا وهنارددين العلم وعدمه فالخامس أنه يتبرظهور قصد السرقة فان كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع والا وعلى هذا فمسئلة العلم بالمصر وروعه صحح الآن كونه يعلم ولا يعلم وهو المدار في نفس الامر لا يطلع عليه ولا يثبت الا بالافترار وما تقدم هو ما اذا لم يقرب بعلمه بما في الثوب فانه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد اليه وذلك بان يكون كسافيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصدم أعلم (قوله ولا قطع في أبواب المسجد لعدم الاحراز) وقال الشافعي يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب المال لانه يحزر باحراز مثله وكذا يقطع عندهم في باب الدار بقياسه عليه من رد المختلف الى المختلف والوجه ما قلنا ولا شك في انه اما ليس محرز أو في حوزة شبهة اذهبوا للغاوى والرائع ومعهما يتنفي الحد على أبي المصنف لم يذ كر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبتة لنفسه على أصوله فانه لم ينصب خلافا وانما يعترض بذلك لو نصب الخلاف وأفاد المصنف في أثناء المسئلة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصره وقد ناديه لعدم الحرز وكذا لا يقطع في أستار الكعبة وهو قول مالك وأحد الاصح من

وقوله (لان بعضها ليس بمال) أي بمال متقوم كالخر (وفي ماله بعضه الاختلاف) يعني كالمصنف والباذن وماء الذرة والشعر لانها عند أبي حنيفة مرضى الله عنه متقومة خلافا لهم وانما قيد الاثر بكونها مطربة لانه ذكر في الايضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا في النهاية ونقل الناطق عن كتاب المجرد عن أبي حنيفة مرضى الله عنه انه قال لا قطع في الخل لانه قد صار خر امرة (ولا في الطنبور ولانه من المعازف) والمعاذف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب قوله (ولا في سرقة المصنف) ظاهر

(قوله والمعاذف آلات اللهو) أقول بالعين المهملة قال المصنف (وايقطع في سرقة العبد الصغير) أقول فيه بحث لانه يمكن أن يتناول في أخذه اسكاته كما في الحر الصغير فتأمل في جوابه

الايضاح ويقطع في الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد (قوله ولان بعضها ليس بمال) أي بمقوم كالخر (قوله وفي ماله بعضه الاختلاف) كالمصنف والباذن وفي المغرب بالمعاذف آلات اللهو التي يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب واذا أفردت عزف فهو نوع من الطناير تنقذه أهل اليمن (قوله وقيمة الا آنية تبرز على النصاب وكذا اذا كانت مساوية للنصاب) الصليب شيء مثلث كالتمثال تعبد به النصارى والشرط فنج بكسر

قال (ولا الصليب من الذهب ولا الشطر نيج ولا النرد) لانه يتاول من أخذها الكسر ثم ياعن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة بأحثة الكسر وعن أبي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المسابقة والحرز (ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حل) لان الحر ليس بمال وماعليه من الحل يبيع له ولانه يتاول في أخذه الصبي اسكاته أو حمله الى مرضعته وقال أبو يوسف يقطع اذا كان عليه حل هو نصاب لانه يجب القلع بسرقة وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق أثناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف في صبي لا يمشى ولا يتكلم ولا يكون في يده نفسه

قول الشافعي لانه لا مال له وبهذا الوجه ينتفي القطع في باب المسجد (قوله ولا في صليب من الذهب أو الفضة ولا الشطر نيج) ولو كان من ذهب وهو يكسر الشين بوزن قرطع (ولا النرد) لانه يتاول من أخذها الكسر أي اباحة الاخذ للكسر (نهيا عن المنكر) فلا يجب الاضمان فيه من المالبسة والصليب ماهو بهيمة خطين متقاطعين ويقال لكل جسم صلب (وعن أبي يوسف ان كان الصليب في مصلاهم) أي معابدكم (لا يقطع لعدم الحرز) لانه بيت ماذون في دخوله وان كان في بدر حل في حرز لا شبهة فيه يقطع لانه مال محرز على الكمال وجوابه ماذ كرنا من تاويل الاباحة وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط (قوله ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حل) يبلغ نصابا ويقد بالحرز يخرج العبد على ماسياقي والحلي بهم الحاء المهملة جمع حل بفقهها ما يلبس من ذهب أو فضة أو جواهر (وقال أبو يوسف يقطع اذا باع ماعليه نصابا لانه يجب القلع بسرقة وحده فكذا مع غيره والخلاف في صبي لا يمشى ولا يتكلم) فلو كان يمشى ويتكلم ويميز لا يقطع اجماعا لانه في يده نفسه فكان أخذ خذاعا ولا قطع في الخداع وحديث لم يذكر الخاك في الكافي والخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرأية وروى عن أبي يوسف يقطع قيل كان ينبغي للمصنف أن يقول وعن أبي يوسف والأوهم انه مذهبه الموعول عليه مستنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي يقطع بسرقة غير المميز الحر لانه كمال وجه الظاهر أن الصبي اذا كان كاذ كرنا يكون هو المقصود بالاخذ دون ماعليه والاخذ ماعليه وتوكمه وليس بمال ولا قطع الا باخذ المال فلا يقطع وان كان ثمة وعقابه أشد من سارق المال في الحديث القدسي عن رب العزة جل جلاله ثلاثة أناس هم يوم القيامة قتل أعطى ب ثم غدر ورجل باع حرافا كل ثمنه ورجل استاجر أجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا وأما التاويل الذي ذكره من قصد تسكينه أو ابلاغه الى مرضعته فبعد فرض تحقق سرقة الظاهر منها خلافة (وعلى هذا الخلاف اذا سرق أثناء فضة فيه نبيذ أو ثريد) أو كلبا عليه فلا ذمة فضة يقطع على روايه أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة ولاي حنيقة ومحمد ان الأناء تابع واذا لم يجب في التبوع القطع لم يجب في التابوع واعتقادي وجوب القطع في الأناء المعان ذهيته وان كان فيه ما كان فان تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالاخذ اليه بل الظاهر أن كلا منهما أصل مقصود بالاخذ بل القصد اليه أظهر منه الى ما فيه لانه يتوصل بمالته الى اعتداف ما فيه والممانع من القطع انما هو التبعية في قصد الاخذ لا اعتبار غيره ولا ظاهر يفيسده وما يوافق ما ذكرناه مافي التجنيس من

الشين على وزن جرد حل وفي النخيرة ولا قطع في سرقة الشطر نيج وان كان من ذهب والنرد يكون كذلك (قوله وان كان الصليب في المصلى) هو موضع الصلاة والدعاء والمراد به هنا موضع صلاة النصارى وهو معبدكم (قوله وماعليه من الحل يبيع له) وقال أيضا في المبسوط ألا ترى أنه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة دراهم ووجد في جيبه عشرة دراهم مضروبة ولم يعلم لم يقطع وان كان يعلم فاعليه القطع وعن أبي يوسف رحمه الله أن عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقة قد تمت في نصاب كامل (قوله والخلاف في صبي لا يمشى ولا يتكلم كمن لا يكون في يده نفسه) حتى لو كان يمشى ويتكلم لا يقطع اجماعا لان له يداعلى نفسه

(والصليب) ثوب مثلث كالتمثال بعينه النصارى (والشطر نيج) يكسر الشين (والنرد) معروفان ولا قطع فيها وان كانت من ذهب أو فضة وقوله (ان كان الصليب في المصلى) أي في موضع صلاة النصارى وهو معبدكم وقوله (وماعليه من الحل تابع) لا يقاله يجوز أن يكون مقصوده من الاخذ هو الحل فلا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ الحل وترك الصبي وقوله (لانه يجب القطع بسرقة وحده فكذا مع غيره) معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه القطع لا يسقطه كمن سرق ثوبا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة وقوله (وعلى هذا اذا سرق أثناء فضة)

(ولا قطع في سرقة العبد الكبير) لانه غصب أو خداع و يقطع في سرقة العبد الصغير) لتحقيقها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو والبالغ سواء في اعتبار يده وقال أبو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا يعقل ولا يتكلم استغنى لانه آدمي من وجه مال من وجه ولهما مال مطلق لكونه منتهى عاين أو بعرض أن يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الأدمية (ولا قطع في الدفاتر كلها) لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال (الا في دفاتر الحساب) لان ما فيها لا يقصد بالاختلاف فكان المقصود هو الكواغد (ولا في سرقة كلب ولا فهد) لان من جنسها يوحد بمباح الاصل

ظاهر (والدفاتر) جمع دفتر وهي الكراريس ولا تطلع فيها كلها سواء كانت لنفسه أو للحدث أو لنفسه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاختلاف فكان المقصود هو الادوار وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه في عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة النسخة ومعاني القرآن والحاجبة وان قلت كفت لاثبات الشهادة من الناس من ألحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها في معرفة أحكام الشرع (ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد)

قال المصنف (الا أنه انضم اليه معنى الأدمية) أقول والانضمام غير التبعية فتأمل

علامة العيون سرق كوزا فيه عسل بقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع وكذا اذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليه أ كافي يساوي درهم بخلاف مال سرق بقيمة فيها ما يساوي عشرة لانه سرق ما من وجه وهو ظاهر ما تقدم من المبسوط فحين سرق ثوبا يساوي عشرة مصر ور عليه عشرة قال يقطع اذا علم أن عليه مالا بخلاف ما اذا لم يعلم (قوله ولا قطع في سرقة العبد الكبير) يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالاجماع الا اذا كان ناعما أو مجنوناً أو أعجمياً لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فينكح يقطع ذكر الاستثناء ما بن قد امتولم يذكره مشايخنا بل نصوا على انه لا قطع في الأدمي الذي يعقل سواء كان ناعماً أو مجنوناً أو أعجمياً وقالوا هو ليس بسرقة بل ما غصب أو خداع (و يقطع في سرقة العبد الصغير) الذي ليس كذلك بالاجماع لانه مال متقوم هكذا حكى الاجماع ابن المنذر مع أن أبا يوسف قال استحسن ان لا أقطع لانه مال من وجه آدمي من وجه فصار كونه آدمياً شبهة في ماليتة فيندري الحد فالدفع منه مالا بدأن يتسلط على هذه النكتة فسوف استدلالهما كقيل ولهما أن حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حوز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير وافي بالمقصود و قول المصنف (ولهما أنه مال مطلق لانه منتفع به) ان كان عشي ويعقل (أو بعرض أن يصير منتفعا به) ان كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أن في ماليتة شبهة وانضمام معنى الأدمية اليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف هو من أعز الاموال عند الناس وما فيه من الماليتة يصير كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق دوة نقيسة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب وهو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يعد فيقته عمر على منع ثبوت الشبهة في ماليتة بما قلنا (قوله ولا قطع في الدفاتر كلها) لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاختلاف لانه لا يستفيد الا بتخذه نفعاً (فكان المقصود الكواغد) ويدخل في عموم ولا يقطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كاللغة والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف في غيرهم فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بكتب الشعر بعتلان معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كفت في اثبات الشبهة ومقتضى هذا انه لا يختلف في القطع بكتب الشعر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها لاهل الديانة فكانت سرقة صرفاً ولان عدم القطع بالحاقها بالكتب الشرعية وليست اياها اذ لا تتوقف معرفة الشعر بعتلة على ما فيها بخلاف كتب الادب والشعر ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الأئمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشعر بعتلة وغيرها لانها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع (قوله ولا في سرقة كلب ولا فهد) بالاجماع خلافاً لاشبهه قريبن ابن القاسم فانه قال عدم القطع في المنه من اتخاذ أمان في الماذون في اتخاذه ككل الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الاصل وبحسب الاصل هو

وعلى ما هو تاجر له فكان أخذه خداعاً (قوله ولا قطع في الدفاتر كلها) أما كتب الفقه والحديث والتفسير فهي كالمصنف من وجه وان كانت أشياء مكرهة فهي كالطنبور (قوله الا في دفاتر الحساب) والمراد دفاتر مضى حسابها لان ما فيها لا يقصد بالاختلاف وانما المقصود الكواغد فتقطع ان بلغت نصاباً واختلافوا في كتب الادب فقيل هي ملحقة بدفاتر الحساب من حيث انه لا يحتاج اليها في معرفة أحكام الشرع وقيل ملحقة بالفقه والتفسير لان معرفتهما تتوقف عليهما



وهو ظاهر (ولا يقطع في داف ولا طبل) والدفع يضم الدال وفتحها الذي يعقبه وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطل طبل اللهو وأما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتمتكن فيه الشبهة وقوله (لان عندهما لاقيمة لهما) بدليل ان متلفه لا يضمنه (وعند أبي حنيفة) وان كان يجب الضمان (١٣٥) على المتلف فهي منقولة لكن (أخذها

يتأول الكسر فيها) فكان

ذلك شبهة (والساج) خشب

يجلب من الهند (والقنا)

بالكسر جمع قنافة وهي

خشب الرمح (والآبنوس)

بمد الهمزة وفتح الباء

معروف وقوله (ولا توجد

بصورتها مباحة في دار

الاسلام) وانما قيده بدار

الاسلام لان الاموال كلها

باقية على الاباحة في دار

الحرب وقوله (واذا اتخذ

من الخشب أو ان) فرق

بين العمل المتصل بالخشب

والعمل المتصل بالخشب

بغلبة الصنعة على الأصل

ففي الخشب تغلب الصنعة

على الجنس فتخرج عن

الجنس المباح بازدياد

يحصل في قيمته ويعززه

بحيث انهم يدخلونه في

الحرز وأما في الخشب

فليس كذلك ولهذا يفرشونه

في غير الحرز حتى لو تغلب

الصنعة على الأصل كالصنعة

البغدادية يجب القطع

وقوله (وانما يجب القطع)

أي في الابواب (في غير

الركب) بالجسار أما إذا

كانت مركبة في الجدار

فقاها فآخذها فانه لا يقطع

لان القطع انما يكون في

مال بحرز لا فيما بحرزه وما

في البيت من المتاع فانما

بحرز بالابواب المركبة فلا

غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة (ولا يقطع في داف ولا طبل ولا بربط ولا مرمار) لان عندهما لاقيمة لهما وعند أبي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها (ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصنديل) لانها أموال بحرزة لكونها عزرة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام قال (ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد) لانهم من أعز الاموال وانفسها لا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (واذا اتخذ من الخشب أو ان) أي أو با يقطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصر لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقها الغلبة الصنعة على الأصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يتحمل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب

(غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة) فيها (قوله) ولا يقطع في داف ولا طبل ولا بربط ولا مرمار) وكذا جميع آلات اللهو (لان عندهما لاقيمة لهما وعند أبي حنيفة يتأول في آخذها الكسر) وفي دال الدفع الضم والفتح واختلف في طبل الغزاة فقبيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوع للهو وليس آلة للهو (قوله) ويقطع في الساج والقنا والآبنوس) وهو يفتح الباء فيساج (والصنديل) والعود الرطب لان كل هذه ليست مباحة في دار الاسلام وهو المعتبر فاما كونها اقرب مباحة في دار الحرب فليس فيه شبهة في سقوط القطع لان سائر الاموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في دارنا وروى هشام عن محمد لا يقطع في العاج مالم يعمل وكذا نقل البغلي عن محمد في الآبنوس والظاهر القطع كذا كرنا مقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قبل من نجاسة عين القبل فانه ينفي مالية العاج فالت شبهة في المالية (ويقطع في الفصوص) النفيسة (والزبرجد) لانهم من أعز الاموال ولا توجد مباحة الاصل في دار الاسلام فصارت كالذهب (قوله) واذا اتخذ من الخشب أو ان) أي أو با يقطع فيها لانه أي الخشب (بالصنعة التحق بالاموال النفيسة) ولهذا تحرز (بخلاف الحصر لان الصنعة لم تغلب على الجنس) لئلا يقطع ملاحظتهم اذ لم يخرجها من كونها تافها بين الناس (حتى ان الحصر يبسط في غير الحرز) وكذا القصب المصنوع يوارى بخلاف الخشب فانه غلبت الصنعة فيه على الأصل فقطع فيما اتصل به منه حتى لو غلبت في الحصر أيضا يقطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرية وهي العبدانية يستوي يقطع عند الأئمة الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفي عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى أو بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرجت من ان تكون جلود السباع لانها أخذت اسما آخر اه وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي ينقطع حكم الجنس بها ان تجدد لها اسم وعلمت عدم القمع

(قوله) ولا يقطع في داف ولا طبل) هذا اذا كان طبل اللهو وأما طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ في وجوب القطع فيه واختار الصدر الشهيد رحمه الله أنه لا يجب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتمتكن فيه الشبهة كذا في المحيط (قوله) الساج) شجر عظيم جدا قالوا لا يثبت الا في بلاد الهند والقنا بالبحر جمع قنافة وهي خشبة الرمح والآبنوس يفتح الباء (قوله) وانما يجب القطع في غير المركب) أراد به تركيب الباب على الجدار أي انما يجب القطع بسرقه الابواب اذا كانت بحرزة في البيت غير معلقة بموضع الباب من الجدار فانها اذا كانت معلقة لا يجب القطع بسرقها

تكون بحرزة قبل هذا في الباب البراني وأما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لانه بحرز بالبراني وقوله (وانما يجب اذا كان خفيفا) ظاهر (قوله) وقوله لان عندهما لاقيمة لهما بدليل ان متلفه لا يضمنه) أقول أي يدل عدم تضمين المتلف عندهما على ان مذهب هذا ذلك يعني لاقيمة لهذه الاشياء عندهما فلا يقطع

في سرقته (ولا قطع على خائن ولا خائنة) اقصو ر في الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم آخر لها فليكن ذلك لنقصان احرارها حيث كانت تبسط في غير الحرز أو لان شبهة التقاطع فيها كما قالوا انه لا يقطع في المثل ذلك ولا يقطع في الاجر والغار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية في الزجاج انه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالبسة وعن أبي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاواني ثم انما يقع في الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز أما المركب فلا يقطع به عندنا فاصار كسرة ثوب بسط على الجدار الى السكة وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيل لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بان ثقله لا ينافي مالبسته ولا ينقصها فاما ثقله في رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع في فردة جمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا أطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل في كتاب المبسوط وقد مر أن عند الائمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم ومحرز بحرزه مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرز النفسه يكون حرز الغيرة وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله أمكن اعتبار الحرز في كل شيء (قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة الخ) وهما اسماء فاعل من الخيانة وهو أن يؤتمن على شيء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذوه يدعي ضياعه أو ينكر أنه كان عنده ووديعة أو عارية وعاله قصور الحرز لانه قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك الى الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه أحرزه ما بداعه عنده لكنه حرز ما ذون السارق في دخوله (قوله ولا منتهب) لانه يجاهر بفعله لا يخفف فلا سرقة فلا قطع (وكذا المختلس) فانه المختطف للشيء من البيت ويذهب أو من يد المالك وفي سنن الاربعين من حديث جابر عنه عليه الصلاة والسلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في أحكامه وهو تصحيح منها وتعليل أبي داود مرجوح بذلك وقد حكى الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن أحمد في جاحد العارية تانه يقطع لمافي الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجيده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجاهير العلماء أخذوا بهذا الحديث وأجابوا عن حديث عائشة بان القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أياضته فتم مشهورة فيجده العارية ففرضتها عائشة بوصفها المشهور فالعاري امرأة كان وصفها بخروج العارية فسرق فامر بقطعها يدل ان في قصتها ان اسامة بن زيد شفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال انما هلك من كان قبلكم بانهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وهذا بناء على انما احاد ثقات واحدة لامرأة واحدة لان الاصل عدم التعدد وللمع بين الحديثين خصوصاً وقد تلقت الامة الحديث الآخر بالقبول والعمل به فلو فرض انهم لم تسرق على ما أخرجه أبو داود عن النبي حديث ثوبان عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة قالت استعارت امرأة مني حلياً على السنة أناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته فأنخذت فاني بها النبي صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر مقدما ويجعل القطع بجحد العارية على النسخ وكذا الوجه على انهما واقعتان وانه عليه السلام قطع امرأة بجحد المتاع وأخرى بالسرقه يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا وفي سنن ابن ماجه حديث أنس بن مالك بن أبي شيبة حدثنا عبد الله بن عمر حدثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن كنانة عن أمه عائشة بنت مسعود بن الاسود عن أبيها قال لما سرق المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعظمنا

وقوله (ولا قطع على خائن) الخيانة هو أن يخون المودع مافي يده من الشيء المامون والانتها ب أن ياخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية والاختلاس أن ياخذ من البيت سرعته جهورا والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة) وهو أن يخون المودع مافي يده من الشيء المامون والانتها ب أن ياخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية والاختلاس أن ياخذ من اليد سرعته جهورا

قال (ولا قطع على النباش) اختلف الصحابة في مسئلة النباش فقال عمر وثلاثة (١٣٧) وابن الزبير وابن مسعود رضي الله عنهم

بوجوب القطع على النباش  
وقال ابن عباس لا قطع عليه  
وقد اتفق على ذلك من بقي  
من الصحابة في عهد مروان  
على ما روي أن نباشاً أتى به

مروان فسال الصحابة عن  
ذلك فلم يشدوا فيه شيئا فعززه  
أسوأ طاولم يقطعه وبه أخذ  
أبو حنيفة ومحمد وبالأول  
أخذ أبو يوسف والشافعي  
(بقوله صلى الله عليه وسلم  
ومن نبش قطعناه ولأنه مال  
مقوم بحرز بحر زمثله  
فيقطع فيه) أمأنه مال  
مقوم فلا شبهة فيه فان الباس

الرب للميت لا يجر جده عن  
التقوم وأمأنه بحر زمثله  
ليس بمضيع الا ترى أن الاب  
والوصى اذا كفنا الصبي  
من ماله لا يضمنان ومالا  
يكون محرزا يكون مضيعا  
وفيه الضمان وأمأ قوله  
(بحرز زمثله) بحرف الجر  
فلما بينه الطحاوي حرز

كل شيء معتبر بحر زمثله  
حتى انه اذا سرق دابته من  
اصطبل يقطع ولو سرق  
لواؤه من الاصطبل لم  
يقطع واذا سرق شاة من  
الحظيرة يقطع ولو كان  
فيها ثوب فسرقة لم  
يقطع لان الشاة لا تحرز  
باحصن منها اذا كان بابها  
محيث يمنع اخراج الشاة  
دون دخول الاذى واخراج  
سائر الاموال وقوله (ولهما)  
أي لابي حنيفة ومحمد

وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

(ولا قطع على النباش) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي عليه السلام له عليه السلام  
من نبش قطعناه ولأنه مال مقوم بحرز بحر زمثله فيقطع فيه وله ما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو  
النباش بلغه أهل المدينة ولأن الشبهة تمسكت في المال لانه لا مال للميت حقيقة ولا لوارث لتقديم حاجته الميت  
وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجزاية في نفسها زادة لوجود

ذلك وكانت امرأة من قريش بغت النبی صلی الله عليه وسلم نسكاهم فيها وقتلنا نحن نفديها باربعين أوقية فقال  
صلى الله عليه وسلم فاعلم خبير لها فأتينا أسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كاهه قال  
ما اكثاركم علي في حرمي حدود الله والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطع يدها قال ابن  
سعد في الطبقات هذه المرأة هي فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هي أم عمرو بنت سفيان بن عبد الاسود  
أخذت عبد الله بن سفيان (قوله ولا قطع على النباش) وهو الذي يسرق أكفنا الموتى بعد الدفن (وهذا عند  
أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف) وباقي الأئمة اثنان (عليه السلام) وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة ومن  
العلماء أبو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وجناد وعمر بن عبد العزيز وقول أبي حنيفة قول ابن عباس  
والثوري والاد زاعي ومكحول والزهرى ثم الكفني الذي يقطع به ما كان مشرعا فلا يقطع في الزائد على  
كفن السنو كذا ما تولى معه من طبيب أو مال ذهب وغيره لانه تضيق وسفه فليس بحرزا وفي لوجب في الزائد  
على العدد الشرعي وجهان ثم الكفني للوارث عندهم فهو الخضم في القطع وان كفنه أجنبي فهو الخضم لانه له  
لهم قوله عليه الصلاة والسلام من نبش قطعناه (وهو حديث منكر وإنما أخرجه البيهقي وصرح  
بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه عن جده وفي سنده من يجهل حاله كشر من حازم وغيره  
ومثله الحديث الذي ذكره المصنف (لا قطع على المختفي قال وهو النباش بلغه أهل المدينة) أي يعرفهم وأما  
الاثر فار قال ابن المنذر روى عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخاري في تاريخه ثم أعلاه  
بسهيل بن ذكوان المتك قال عطاة كناههم بالكذب وعائلته أترعن ابن عباس رواه ابن أبي شيبة وفيه  
مجهول قال حدثنا شيخ إمامته يعني عن روح بن قاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش  
قطع وأمأ رواه عبد الرزاق أخبرنا ابراهيم بن أبي يحيى الاسلمي قال أخبرني عبد الله بن أبي بكر عن عبد الله بن  
عامر بن ربيعة انه وجد قومًا يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب فكذب فهم الى عز فكذب عمر  
رضي الله عنه أن أقطع أيديهم فأحسن منه بلا شك ما رواه ابن أبي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن  
الزهرى قال أتى مروان يقوم يختفون أي ينشون القبور فرفضهم ونفاههم والصحابة متوافرون اه  
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر به وزاد وطوف بهم وكذا أحسن منه بلا شك ما روى ابن أبي  
شيبة حدثنا حفص عن أشعث عن الزهرى قال أخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسال  
من يحضره من الصحابة والعقهاء فأجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به اه وحينئذ لا شك في ترجيح  
مذهبنا من جهة الآثار وأمأ من جهة المعنى فلهم ما ذكره المصنف بقوله (ولأنه مال مقوم بحرز بحر زمثله  
فيقطع فيه) أما المالية فظاهر وأما الحرز فلان القبر حرز للميت وثبته تبع له فيكون حرز لها أيضا وقد سمي  
النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا في حديث أبي ذر حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف انت اذا أصاب  
الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعني القبر قلت الله ورسوله أعلم أو ما خا الله لى ورسوله قال صلى الله  
عليه وسلم عليك بالصبر وقد يوب أبو داود عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به أبو داود لانه

(قوله بحر زمثله) قال الطحاوي رجاءه حرز كل شيء يعتبر بحر زمثله حتى أنه اذا سرق دابته من  
اصطبل يقطع ولو سرق ثوبا من اصطبل لا يقطع وكذا لو سرق الشاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها  
ثوب فسرقة لا يقطع ومسئلة النباش اختلف الصحابة رضي الله عنهم فيها فعمر وعائشة وابن مسعود  
وابن الزبير رضي الله عنهم قالوا بوجوب القطع على النباش وابن عباس رضي الله عنهما كان يقول

وقوله (وان كان القبر في بيت مقفل) يسكون (١٣٨) القاف من أقفل الباب وقوله (فهو على الخلاف في الصحيح) بيانه ما قال في المبسوط

واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال ولا يصح عندي أنه لا يجب القطع سواء كان بنس القبر للكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لأن موضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت فان لكل أحد من الناس تأويل بالدخول فيه لزيرة القبر وكذلك اختلفوا فيما اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميث والاصح عندي أنه لا يجب القطع لاختلال صفة المال كنية والمملو كنية في الكفن من الوجه الذي قررناه وقوله (لمبايناه) اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفي والمقفل وهو قوله لأنه لا مالك للميت حقيقة وقوله (ولا يقطع السارق من بيت المال) ظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى ما يفهم من قوله لأنه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك أن للسارق فيه حق ولما قلنا (قوله من أقفل الباب) أقول ولا يقال قفل الا اذا كثرت الابواب لأن التفعيل للتكثير ومنه أغلق الباب وقلق الابواب (قوله بيانه ما قال في المبسوط الخ) أقول أي بيان قوله في الصحيح حيث يفهم منه أن من علمنا من قال ليس هذا على الخلاف (قوله لما بينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال لمبايناه من الادلة من الجانبين لأنه

وسمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شيء ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدره بالحق والصندوق والشاة بالخظيرة فلو سرق شيء منها من شيء منها قطع ولو سرق الدرهم من اصطبل أو من حظيرة لا يقطع ألا ترى ان الوصي اذا كفن صبيانا ماله لا يضمن لو رثته شيئا فلو لم يكن حرزا كان تضديعا وجبا للضممان فكان أخذ الكفن من القبر عين السرقة والجواب أولا منع الحرز لانه حفرة في الصحراء ما ذون للعموم في المرو وبه ليلوا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متصد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى أنه حرز تسمية ادعائية بلا معنى وهو ممنوع وزوم التضيق لولم يكن حرزا ممنوع بل لولم يكن مصر وفاي حاجة الميت والاصرف الى الحاجة ليس تضديعا فلذا لا يضمن ولو سلم فلا ينزل عن أن يكون في حرز يشبهه وبه يتقضى القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملو كما في ثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منهما ما وجب الدرهم أو الأول فلان الكفن غير مملوك لاحد لا للميت لانه ليس أهلا للمالك ولا للوارث لانه لا مالك من التركة الا ما يغضل عن حاجة الميت ولذا يقطع بسرقة التركة المستقرقة لانها ملك لا يحرز حتى كان له أن يأخذها بحقه فان صح ما قلنا من أنه لا مالك فيه لاحد لم يقطع والا فتحققت شبهة في مملوكيته بقولنا فلا يقطع به أيضا بل نقول تحقق قصور في نفس مالسة الكفن وذلك لان المال ما يجري فيه الرغبة والفضة والكفن ينفر عنه كل من علم أنه كفن به ميت الا نادرا من الناس وأما الثاني فلان سرع الحد لا تزجر والحاجة اليه لما يكثر وجوده فاما ما ينذر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الزجر حاصل طبعيا كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة وأما الاستدلال بتسميته بيتا فابعد لان اطلاقه اما مجازا فان البيت ما يحوطه أربع حوائط فوضع للميت وليس القبر كذلك على أن حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز أصلا كالسجدة ومع الحرز مع نقصان وهو كثير ومع الحرز التام فجبردت تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درهما ما يمكن بل يجب حمله على بعض المصادقات التي لاحد معها والله سبحانه أعلم وهذا في القبر السكائن في الصحراء بخلاف عندنا ما لو كان القبر في بيت مقفل فقل يقطع به لوجود الحرز والصحيح أنه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الاخر من نقصان المالبية وعدم المملو كنية والمقصود من شرعه (وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لمبايناه) من تحقق الخلل في المالبية وما بعد هذا ولو اعتادلص ذلك للامام أن يقطع مائة لحداد وهو محل ما روي له (قوله ولا يقطع السارق من بيت المال) وبه قال الشافعي وأحد النخعي والثعبي وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب لا قطع عليه واتفق عليه من بقي في عهد مروان من الصحابة على ما روي أن نباشا أتى به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا له فيه شيئا فعززه أسوأ طاولم يقطعوه بهذا تبين فساد من يستدل بالاية لا يجب القطع عليه فان اسم السارق لو كان يتناول مطلقا المحتاج مروان الى مشاوره الصحابة مع النص وما اختلفوا على خلاف النص كذا في المبسوط (قوله وما روي غير مرفوع) قيل انه من كلام زياد (قوله) وهو محمول على السياسة (ألا ترى أنه قال في ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدد أنعم جددنا وهو محمول على السياسة فكذا هذا وللامام رأي فحين اعتاد ذلك وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح سواء بنس الكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لاختلال الحرز بوضع الميت فيه اذ لكل أحد تأويل بالدخول لزيارة وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة (قوله لمبايناه) أي من اختلال صفة المالبية والمملو كنية والحرز (قوله لمبايناه) من أن له فيه شركته وهي تورث الشبهة

(قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال لمبايناه من الادلة من الجانبين لأنه

(قول النخعي أما مجازا) لم يذكر له ما عابا لافان لم يذكر له ما عابا لافان لم يذكر له ما عابا لافان

إشارة إليه قال (والحال والمؤجل فيه) أي في عدم القطع (سواء) أما إذا كان حالاً فظاهر وأما إذا كان مؤجلاً فلان التأجيل ليس للتأخير المطالبة وأما نفس وجوب الدين فثبت قبل المطالبة أيضاً والقياس أن يقطع (١٣٩) لأنه سرق ما لا يباح له الأخذ كمالاً لسرق من

خلاف جنسه ووجه الاستحسان أن الأخذ ان لم يكن مستحقاً للمكان الاجل كان له شبهة الأخذ وهي كافية لادعاء وقوله (وكذا إذا سرق زيادة على حقه) ظاهر وقوله (لان له أن يأخذه عند بعض العلماء) يريد به ابن أبي ليلى فإنه يقول وان غلب بخلاف جنس حقه كان له أن يأخذه لوجود المجاسة باعتبار صفة المالبسة ومن العلماء من يقول له أن يأخذه رهنًا بحقه واختلاف العلماء بورث الشبهة) قلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر) القياس أن لا يأخذ جنس حقه في الدين الحال لان حقه في الوصف في الحقيقة وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك بخلاف الجنس لغرض التفاوت فلا يترك القياس (ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك) أي أنه أخذه قضاء لحقه أو رهنًا به (درى المدعي) لان فعله في موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وان كان هو عندنا وقوله (ولو كان حقه دراهم) ظاهر وقوله (وقبل لا يقطع) قبل هو

لأنه مال العامة وهو منهم قال (ولما من مال للسارق فيه شركة) لما قلنا (ومن له على آخر دراهم فسرقة منه مثلاً لم يقطع لأنه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استغنى ما لان التأجيل لتأخير المطالبة) وكذا إذا سرق زيادة على حقه لأنه بقدر حقه يصير شركاً فيه (وان سرق منه عرضاً قطع) لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بما بالتراضي وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنًا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درى عنه الحد لأنه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرقة منه ذاتاً يربى لقطع لأنه ليس له حق الأخذ وقبل لا يقطع لان النقود جنس واحد (ومن سرق عينا فقطع فيها ثم عاد

ولأنه مال محرر ولا حقه فيه قبل الحاجة) ولنا أنه مال العامة وهو منهم (وعن عمر وعلى مثله وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال أرسله فإما من أحد الأول في هذا المال حق) (ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة) بان سرق أحد الشرعيين من حرز الآخرة لا مشتركة بينهما (لما قلنا) من أن للسارق فيه حقاً (قوله) ومن له على آخر دراهم فسرقة مثلاً لم يقطع لأنه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استغنى ما لان التأجيل لتأخير المطالبة) والقياس أن يقطع لأنه لا يباح له أخذه قبل الاجل وجه الاستحسان أن ثبوت الحق وان تأخرت المالبسة يصير شبهة دارثة وان كان لا يلزمه الا عطاء الآن (وكذا لو سرق أكثر من حقه) لا يقطع (لان بالزيادة يصير شركاً في ذلك المال) بمقدار حقه ولا فرق بين كون المدين المسروق منه ممسكاً أو غير ممسك خلافاً لما شاع في نفسه بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو أخذ من غير جنس حقه فان كان حقه دراهم أو ذاتاً يربى فخذع وضاً قطع لأنه ليس له أخذه الآن يقول أخذته رهنًا بدينه فلا يقطع (وعن أبي يوسف لا يقطع لان له أن يأخذه عند بعض العلماء ونقل عن ابن أبي ليلى) قضاء لحقه أو رهنًا به (قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر) فلا يصير شبهة دارثة الا بان ادعى ذلك (وان كان دراهم فأخذ ذاتاً يربى أو على القلب اختاف فيه) (قبل يقطع) لان لا تصير قصاصاً بحقه وانما يقع بيعاً فلا يصح الا بالتراضي فليس له أخذها (وقيل لا يقطع) للمجانسة بينهما من حيث الثمنية و يقطع لو سرق حلياً من فضة ودينه دراهم ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع الآن يكون المولى وكلهما مالم يرض لان حق الأخذ حينئذ لهما ما ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المدين قطع لان حق الأخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع (قوله) ومن سرق عينا فقطع فيها ثم عاد (ثم عاد

(قوله) والحال والمؤجل فيه سواء) أي في عدم القطع والقياس في المؤجل لانه لا حقه له في أخذه شيء من ماله قبل حلول الاجل وفي الاستحسان لا قطع لان التأجيل لا يسقط أصل الدين يتمكن من أخذه مثل حقه وأكثراً فيه أنه استجمل ما كان مؤخر من حقه ومثل هذا الأخذ لا ينفك عن شبهة فلا يوجب القطع (قوله) لان له ان يأخذ عند بعض العلماء) وهو قول ابن أبي ليلى لوجود المجانسة باعتبار المالبسة ومن العلماء من يقول يأخذ رهنًا بحقه (قوله) حتى لو ادعى ذلك) بان انما أردت أن أخذه رهنًا بحق أو قضاء بحق درى الحد بشبهة اختلاف العلماء (قوله) قبل يقطع) وهكذا نص القدوري في شرحه لانه ليس له حق الأخذ لانها جنسان مختلفان ألا ترى أنه لو وكل رجلاً بشتري له شيئاً بذاتاً يربى لشرى له بدراهم أو على القلب يصير مخالفاً (قوله) وقبل لا يقطع) وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وهو الصحيح لان النقود في حكم جنس واحد ولهذا يكمل أحدهما بالآخر في باب الزكاة وقد قال أبو حنيفة رحمه الله أن للامان أن يتبادل أحد التقدين بالآخر بغير رضا المدين لقضاء حقه وكذا في شراء ما باع بغير جنس واحد حتى لا يصح

الاصح (لان النقود جنس واحد) كما في الزكاة والشفعة وقوله (ومن سرق عينا) ظاهر

لأنه علة لكونه على الخلاف ووجه ما ذكره الشارحون هو جعل قوله على الخلاف على معنى أنهم ما يخالفان أبو يوسف والشافعي ولا توافقانهما قال المصنف (ولو كان حقه دراهم فسرقة ذاتاً يربى) أقول كان الانسب ذكر هذه المسئلة مقدماً على قوله وان سرق منه عرضاً وضاً لأنه لم يستحسن

وقوله (ولان الثانية متكاملة كالاولى) وجه التشبيه هو أن المتاع بعد رده على المسروق منه في حق السارق كعبي أخرى في حكم الضمان حتى لو غصبها أو أتلفها كان ضامنا كذلك في (١٤٠) حكم القطع لما أنه مال معصوم كامل المقدار أخذ من حر ولا شبهة فيه وهذه

الادعاء لزومه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية وأما كونه أقبح فظاهر لتقدم الزاجر وقوله (ولأن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد) إشارة الى قوله بعد أوراق ولما قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطع عنه الخ وسقوط عصمة المحل بوجوب انتفاء القطع فان قبل العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك أجاب بقوله (وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظر الى اتحاد المالك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان المالك قد اختلف باختلاف سببه

فسرقها وهي بحالها لم يقطع) والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل أقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظر الى اتحاد المالك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان المالك قد اختلف باختلاف سببه

فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبي يوسف وهو قول الشافعي (ولما لا وأجد (لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعه) فيبار وي الدار قطن من حديث أبي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه عليه الصلاة والسلام اذا سرق السارق فاقطعه وايدته ثم ان عاد فاقطعه وارجله اليسرى الحديث) ولان السرقة الثانية مثل الاولى في سببها القطع (بل أخش) لان العود بعد الزاجر أقبح وصار كما اذا باعه المالك من السارق ويخص بأب يوسف أن المسروق عاد تقوم به بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق لو أتلفه بعد الرد فثبت سببها القطع كالمسروق غيره أو سرقه هو من غيره (وصار كالمال باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة) فانه يقطع اتفاقا (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق) (وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظر الى اتحاد المالك والمحل وقيام الموجب) للسقوط (وهو القطع) فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع فثبت عادت العصمة واتت في السقوط بعد تحققه كن مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لان السقوط ليس بالانسبة الى المقطوع يده لا سواء فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيهما تبدل المالك وتبدل المالك بوجوب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه الصلاة والسلام هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع أنه عين اللحم مع أن مشايخ العراق على أنه لا يقطع في صورة تبدل المالك بالشراء فلنا أن غنمه فلا يتم القياس عليه وعند مشايخ بخارى يقطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا وأيضاً فتسركر الجنانية بعد قطع يده نادر وتقدم أن ما ينذر وجوده لا شرع فيه عقوبة ذنبوية زاجرة فانه ما حيث تدعى عن المقصود وهو تقليل الجنانية اذ هي قليلة بالغرض فلم تقع في محل الحاجة وصار كالمسروق شخصاً فذهب ثم قد ذهب عين ذلك الزنا بان قال انما باقى على نسبتي اليه الزنا الذي

(قوله من غير فصل) أي بين أن يسرق الشيء المسروق أولاً وغيره (قوله ولان الثانية متكاملة كالاولى) لانه سرق من حر ولا شبهة فيه كفي المازة الاولى ولهذا السبب يلزمه القطع في المرة الاولى فكذلك في المرة الثانية بل الجنانية في المرة الثانية أقبح عرفاً فكان أولى بشرع القطع وهذا لانه بعد رد المتاع يصير هذا العين في حق السارق كعين أخرى في حكم الضمان حتى لو غصبه أو أتلفه كان ضامناً كذلك في حكم القطع (قوله ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل) يعني أن صفة المالكية والتقوم لم تبقى في هذا العين حقا للمسروق منه على ما تبين فبعد ذلك ان ظهرت المالكية والتقوم في حقه بالاسترداد يبقى ما سبق مورنا للشبهة والقطع يندرئ بها وهو تفسير ما وجد من مباح الاصل في دار الاسلام اذا أجزه انسان صار مالا متقوما له ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الاصل (قوله على ما يعرف) إشارة الى قوله بغد أو راق لا غرم على السارق بعد ما قطع عنه (قوله نظرا الى اتحاد المالك) بان لم تبدل بالبيع والمحل بان لم تبدل كالمال كان غزلاً فتسببه أو لم يسرق عيناً آخر من المسروق منه (قوله وقيام الموجب) أي سقوط العصمة على المحل لا سقوط عصمة المحل باعتبار وجوب القطع (قوله بخلاف ما ذكر) أي فيما اذا باعه المالك ثم اشتراه وقد قبل لا

أن يفعل بين كلامي الجامع يستلزم غير مذكورة فيه قال المصنف (والقياس أن يقطع) أقول فيه إشارة الى أن العسمة في الاستدلال هو القياس ولهذا لم يجب عن الحديث بناء على أنه مطعون (قوله وجه التشبيه هو أن المتاع الخ) أقول هذا لاثبات المعصومية في المسروق المردود وتوضيحه بملن وجه التشبيه

وقوله (أولاً تكرار الجنابة) معطوف على قوله ولنا أن القطع فهو دليل آخر ونعبر به تكرار الجنابة منه بالعود إلى سرقة ما قطع فيه نادر جداً لتحمله مشقة الزاجر والنادر يعبر عن مقصود الإقامة وهو تقليل الجنابة فلا يحتاج (١٤١) إليها (وصار كما إذا قذف المحدث في القذف

المقذوف الأول) بالزنا الأول

فإنه لا يحد نظر إلى عرائنه عن مقصود الإقامة فإن قيل نظير مسئلتنا حد الزاني كون الحد في كل واحد منهما خالص حق الله تعالى

ثم حد الزاني بتكرره وتكرره الفعل في محل واحد حتى إن من زنى بامرأة فحد ثم زنى

بتلك المرأة مرة أخرى يحد نانياً بخلاف حد القذف

فإن فيه حق العبد خصوصاً على أصل الخصم ونصوصه

المقذوف في الحد في المرة الثانية غير مسموعة لأن

المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد

حصل ذلك بالمرّة الأولى أوجب بان حد القذف نظير

مسئلتنا من حيث أن هذا حد لا يستوفي بالخصوصية

فلا يتكرر بتكرره بالخصوصية من شخص واحد في محل

واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه بصورة

الزنا أن الحد في الزنا لا يحد به اعتبار المستوفى والمستوفى

في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الأولى لأن الأول ثلاثي

واضح والمستوفى في المتنازع فيه هو بعينه

المسروق في المرة الأولى وقوله (فإن تغيرت عن حالها)

ظاهر والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد

(فصل في الحرز والاخذ منه) \*

ولأن تكرار الجنابة منه نادر لتحمله مشقة الزاجر يعبر عن المقصود وهو تقليل الجنابة وتصار كما إذا قذف المحدث في القذف الأول قال (فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلاً سرقة وقطع فرد ثم نسج فعاد سرقة قطع) لأن العين قد تبدلت ولهذا يلزم الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل وإذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع نانياً والله أعلم بالصواب

\*(فصل في الحرز والاخذ منه) \*

نسبته إليه لا يحد نانياً فكذلك هذا مالوقد فرنا آخر حديه وأورد على هذا الوجه النقض بالزنا نانياً بالمرّة التي زنى بها أولاً ولا بعد أن جلد حد الزنا الأول بها فإنه يحد نانياً اجزاء فلم يكن تقدم الزجر موجباً لعدم شرعيته نانياً وقوه في غير محل الحاجة إليه لشرع وأوجب بان يفرق بين حرمة المحل في الزنا لا تسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح يتم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جواباً بالنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه أعني كون إقامة الحد أولاً وتوجب ندرة العود فتوجب عدم شرع الزاجر في العود وكذا الفرق بان القطع حق لا يستوفي إلا بخصوصية المالك والخصوصية لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله (قوله) فإن تغيرت عن حالها مثل أن يكون) المسروق الذي قطع به (غزلاً ثم نسج) بعد رده (فسرقه) نانياً (قطع) وكذا لو كان قطناً فصار غزلاً (لأن العين قد تبدلت ولهذا يلزم الغاصب) ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب (وإذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع) وهو بالجر عطف على لغز اتحاد لعل لفظ المحل أي وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لا من اتحاد القطع وهي شبهة قيام سقوط العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير بوجهها شيئاً آخر فإن قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة أوجب بان المتمكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان المتمكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي شرح الطحاوي وإذا سرق ذهباً أو فضة وقطع به ورد فعله المسروق منه آتية أو كانت آتية فضررهم إدارهم ثم عاد السارق فسرقة لا يقطع عند أبي حنيفة لأن العين لم تتغير عن نفسه وقال لا يقطع لأنها تغيرت وفي كفاية البيهقي سرق ثوباً فخاطمه ثم رده فنهض فسرقت المنقوض لا يقطع لأنه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصرف في حكم عين أخرى

\*(فصل في الحرز والاخذ منه) \*

قديم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لأنه كلام في يلزم القطع أيضاً ولئن سلم للمالك هناك بتعدد السبب والمالبة والتقوم باعتبار المالك فيجعل متعبداً أيضاً وهذا لأن اختلاف أسباب الملك كاختلاف الأعيان ألا ترى أن المشتري إذا باع غيره ثم اشتراه ثم أطلع على عيب قديم لم يرد على البائع إلا بخلاف ما إذا زنى بامرأة فحد ثم زنى نانياً بحيث لا يحد لأنه لا يجب باعتبار المستوفى وأنه متلاش والمستوفى في المرة الثانية غير المستوفى في المرة الأولى مع أن هناك حرمة المحل لا تسقط في حقه باستيفاء الحد منه في المرة الأولى بخلاف المالبة والتقوم الذي هو حق المالك في العين فإنه يستقط اعتباراً باستيفاء القطع من السارق (قوله) وصار كما إذا قذف المحدث في القذف الأول (ذكر الامام المرحوم رحمه الله معناه بعين ذلك الزنا أمالونسبه إلى غير ذلك الزنا فإنه يحد أيضاً) (قوله) ولهذا يلزم الغاصب به) أي بالنسج (قوله) وهذا هو علامة التبدل أي ملك الغاصب المغصوب بالنسج دليل تبدل العين والالما انقطع حق المالك عن المغصوب فإن قيل العين الأولى قائم حقيقة وانما تبدل اسمه وصورته قلنا المتمكن شبهة سقوط العصمة قبل تبدل الاسم والصورة وكان المتمكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر والله تعالى أعلم بالصواب

\*(فصل في الحرز والاخذ منه) \*

الحرز موضع الحصن الذي أعد لحفظ الامتعة (قوله) (فصل في الحرز والاخذ منه) \*

(قوله والمستوفى في المرة الثانية) أقول يعني منافع البضع (قوله لأن الأول ثلاثي الخ) أقول لكونه عرضاً (قوله والقطع بالجر الخ) أقول: إجماع الخصم يقول القطع في الأول باعتبار السرقة الأولى ثلاثي والثاني غير هافلي تامل (فصل في الحرز) \*



لما كان تحقق السرقة

موقوفاً على كون الموقوف  
مالاً محرراً وافرغ عن ذكر  
الموصوف شرع في بيان  
الحرز الذي يحصل به الوصف

ثم العلة في سقوط القطع عن

قرابة الولاد أمران البسوط

في المال وفي حق الدخول

في الحرز وعن ذي الرحم

المحرم أمر واحد وهو

البسوط في الدخول في الحرز

(ولهذا أباح الشرع النظر

إلى مواضع الزينة الظاهرة)

الوجه والكف على ما سيجي

في كتاب الكراهية إن شاء

الله تعالى وقوله (وفي الثاني)

يعني وفي ذي الرحم المحرم

(خلاف الشافعي فإنه يقول

في غير الوالدين والمولودين

يجب القطع) لأنه ألحقها

بالقرابة البعيدة (وقد بيناه

في العتاق) ولو سرق من بيت

ذي الرحم المحرم متاع غيره

ينبغي أن لا يقطع لعدم الحرز

(قوله وفرغ عن ذكر

الموصوف إلى قوله الوصف)

أقول المراد من الموصوف

المال ومن الوصف الحرز

قال المصنف (فالاول وهو

الولاد) أقول أي فنع الاول

القطع حذف المضاف إليه

وأقيم مقامه (قوله عن قرابة

الولاد) أقول أي عن ذي قرابة

الولاد قال المصنف (ولهذا

أباح الشرع النظر إلى مواضع

الزينة الظاهرة الخ) أقول

لعل المراد بالزينة الظاهرة

ههنا ما يظهر عند ترك التكاف

والا فني الكلام بحث

(ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع) فالاول وهو الولاد البسوط في المال وفي  
الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا أباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف  
الصديقين لأنه عاداهما بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله لأنه ألحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في  
العتاق

ذاته ثم ثني بحرزه لأنه خارج عنه ثم الإخراج من الحرز شرط عند عامة أهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعي

أن من جع المال في الحرز قطع وإن لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر الحرز أصلاً

وهذه الأقوال غير ثابتة عن نقل عنه ولا مقال لإهل العلم إلا ما ذكرناه من كراهية إجماع قاله ابن المنذر وقد ثبت

أن لا قطع في أقل من ثمن الممن ولا قطع في جريسة الجبل فتخصت الآية بفاز تخصصها بعده بما هو من

الأمور الاجتماعية وما باخبار الآحاد وسابى ما هو أبلغ من ذلك ثم الحرز ما عد عرفاً حرز الأشياء لأن اعتبارها

ثبت شعراً من غير تنصيص على بيانه فعمل به أنه رد إلى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يحقق فيه

اختلاف لذلك وهو في اللغة الموضع الذي يحرق فيه الشيء وكذا هو في الشرع إلا أنه بعبء المالية أي المكان

الذي يحرق فيه المال كالدار والحائوت والخيمته والشخص نفسه والمحرز ما لا يعد صاحبه مضيعاً (قوله ومن

سرق من أبويه) وإن علموا (أو ولده) وإن سفل (أو ذي رحم محرم منه) كالأخ والأخت والعلم والخال والحالة

والعمة (لا يقطع) وقال مالك وشذوذ يقطع بالسرقة من الأبوين لأنه لاحق له في مالهما ولا يحد بالزنا

بحار بينهما يقتل بقتلهما وبه يطل قوله في الكافي أما في الولاد فلا اختلاف فيه وقال أبو نوري وابن المنذر

يقطع الأب أيضاً في سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقال الشافعي يقطع في السرقة من غير الولاد ما وجه الاول أي

عدم القطع في قرابة الولاد فلا نه إعادة تكون معها البسوط في المال والاذن في الدخول في الحرز حتى بعد كل

منها بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته شرعاً ويخص سرقة الأب من مال الابن قوله عليه الصلاة والسلام

أنت وما لك لا يبيد وأما غير الولاد وهو الذي أراد المصنف بقوله (والثاني للمعنى الثاني) أي الاذن في الدخول

في الحرز فالحقهم الشافعي رحمه الله بالقرابة البعيدة قال المصنف (وقد بيناه في العتاق) أي في مسئلة من ملك

ذو رحم محرم منه عتق عليه ونحن ألحقناه بقرابة الولاد وقد رأينا الشرع ألحقهم به في إثبات الحرمة

وافترض الوصل فلذا ألحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة وجوب النفيقة ولان الاذن بين هؤلاء ثابت عادة

لأزواجه وصلة الرحم ولذا حل النظر منها إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد والدم والج والصدر

للقلادة والساق للخلخال وما ذاك الا لزوم المخرج لوجوب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي مزاولة

الاعمال وعدم احتشام أحدهما من الآخر وأيضاً فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها

وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها بدونه ذكره في الكافي وسيأتي ما فيه وعما يدل على نقصان الحرز

فيها قوله تعالى ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت

(قوله والثاني) وهو قرابة المحرمية للمعنى الثاني وهو الدخول في الحرز (قوله إلى مواضع الزينة الظاهرة)

ذكر في المبسوط ولها ثبت حل النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة وهي قرابة ذي الرحم

المحرم ثم المراد من مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف ومن مواضع الزينة الباطنة العنق والرأس والساق

على ما سيجي في الكراهية إن شاء الله تعالى ولعل المراد من مواضع الزينة الظاهرة ههنا ما يظهر في العادة عند ترك

التكف في السر لا أن يراها الوجه والكف فقط لان النظر إلى الوجه والكف مباح للإيجني أيضاً فإلزام

يكن عن شهوة ويدل عليه قوله تعالى ليس على الأعمى حرج إلى قوله أو بيوت خالاتكم فظاهره يقتضي الإباحة

وهو أن ترك الأقيام الدليل تبني شبهة ولا يلزم قوله تعالى في آخر الآية أو صدقتم لأنه إذا قصد السرقة فقد عاداه

ولم يبق صدقته فلم يعد صداقة عند السرقة انتفت شبهة وأما الاخوة وما يضافها فيبقى مع السرقة كالابوة

(قوله وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله) أي في ذي الرحم المحرم

(ولو سرق ماله) أي مال ذي الرحم المحرم (من بيت غيره قطع) لوجود الحرز وقوله (١٤٣) (وان سرق من أمه من الرضاع) طاهر وقوله

(والحميمة بدونها) أي بدون القرابة (لا تحترم) أي لا تجعل حرمته قوية عادة (كما إذا ثبتت) يعني المحرمية (بالزنا) فانه إذا سرق من بيت بنت المسرأة التي زنى بها لا يعد شهوة في قطع اليد بل تقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك إذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة وقوله (وأقرب من ذلك) أي من الحرمة الثابتة بالزنا (الاخت من الرضاعة) يعني ان الام من الرضاع أشبه الى الاخت من الرضاع في اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرق من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك وجه الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع أقرب من الحاقه بالزنا وقوله (وهذا) أي القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لان الرضاع قلمما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) (قوله) (وان سرق أحد الزوجين من حرز لاخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي) (في أحد أقواله) وبه قال مالك وأحمد في قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لان المرأة حق في ماله أي النفقة وجه قولنا ان بينهما بسوطة في الإزالة عادة ودلالة فأنهما يبادلان نفسهما وهوى أنفس من المال كانت بالمال أسمع ولان بينهما ماسيبا

(ولو سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعدمه (وان سرق من أمه من الرضاعة قطع) وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما إذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة وأقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلمما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب (واذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو من زوج سيده لم يقطع) لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق أحد الزوجين من حرز لاخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي رحمه الله بسوطة بينهما في

أخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت عساتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو أمالكم مغتصبه أو صدقكم ورفع الجناح عن الكل من بيوت الاعمام والعصمات مطلقا يؤنس إطلاق الدخول ولو سلم فإطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع القرية ثم هو ان ترك القيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة على وزان ما قلنا في أنت ومالك لا يسكنان فان قلت فقد قال أو صدقكم كما قال أو بيوت أخوالكم والحال أنه يقطع بالسرقة من صدقيه أجيب بانه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا في حال العداوة (ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه) فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا يكر على الوجه الذي قدسناه من أن في القطع القطعية فيندري وهو الموعود ولذا والله أعلم لم يعرج المصنف عليه (قوله) (وان سرق من أمه من الرضاعة قطع) وهو قول أكثر العلماء (وعن أبي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة) ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الاب من الرضاعة (وجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما إذا ثبتت المحرمية بالزنا) بان زنى بامرأة تحرم عليه أمها و بنتها و يقطع بالسرقة منهما (وأقرب من ذلك الاخت من الرضاعة) فان فيها محرمية بالقرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما فالالحاق بها في اثبات القطع أولى منه بالالحاق بالمحرمية الثابتة بالوطء ثم تعرض المصنف لابطال الوجه المذكور ولا يوجب يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الخ بقوله (وهذا لان الرضاع قلمما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب) فانه يشتهر بلا تحشم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استئذان الخ فقال لا نسلم ذلك الاول لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيهم فلا يدخل بلا استئذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا يكر دخوله فلذا قطع في سرقة مال أمه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة مال أمه من النسب (قوله) (واذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيده لم يقطع لوجود الاذن في الدخول عادة) (فاحتل الحرز) (وان سرق أحد الزوجين من حرز لاخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي) (في أحد أقواله) وبه قال مالك وأحمد في قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لان المرأة حق في ماله أي النفقة وجه قولنا ان بينهما بسوطة في الإزالة عادة ودلالة فأنهما يبادلان نفسهما وهوى أنفس من المال كانت بالمال أسمع ولان بينهما ماسيبا

(قوله) (اعتبارا للحرز وعدمه) على طريق اللف والنشر من غير ترتيب (قوله) (بخلاف الاخت من الرضاعة) لانه لا شبهة في المال والحرز إلا شبهة في المال فلا يمتنع كل واحد بماله لاخر من غير اذن الا ترى أنه لا يستحق كل واحد النفقة على الآخر عند الحاجة وأما الحرز فلا يجوز الدخول من غير استئذان (قوله) (كما إذا ثبت بالزنا) يعني إذا سرق من بيت بنت المزنبة يقطع مع وجود المحرمية بترانها (قوله) (وأقرب من ذلك) يعني الأقرب من الزنا والتقبيل عن شهوة أي من المحرمية الثابتة بالزنا بالمتنازع فيه محرمية الاخت وضاعا فان الام والاخت من الرضاع يتشابهان وينشاكلان فان محرميتهما ثبتت بالرضاع ولو كانت الامومة من الرضاع

قال المصنف (والحميمة بدونها لا تحترم الخ) أقول فيه تأمل (قوله) (الاخت من الرضاعة) أقول أي محرمية الاخت قال المصنف (خلافا للشافعي الخ) أقول وذلك أنها بذلت نفسها وهوى

كان المسروق ماله الزوجة أنفس فمالا أولى كذا قالوا لانه خاص بما إذا

الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع) لان له في أكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم) لان له فيه نصيبا وهو ما ثور عن علي رضي الله تعالى عنه دأ وتعليل قال (وأحرز على نوعين حرزاهني فيه كالبوت والدور وحرز بالحفاظ) قال العبد الضعيف الحرز لا بد منه لان الاستسرا لا يتحقق دونه

يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفي موطن مالك عن عمر أنه أتى بغلام سرق امرأة لأمه سيدة فقال ليس عليه شيء خدامكم سرق منكم فإذالم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى قال المصنف (هو نظير الاختلاف في الشهادة) يعني عندنا لا يقطع أحدهما بمال الآخر كما أن شهادة لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل في أحد قوليه فان قلت أحد الزوجين بماله لا يقطع إلا بحسبه عنه وبجرزه قلنا وكذلك الأب والابن قد يتفق من كل منهما ذلك ولا يقطع بينهما اتفاقا وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال أبو حنيفة لا يقطع وقال يقطع ولو سرق من بيت زوجته أو أبيه أو زوج ابنته أو بنت زوجها أمه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يقطع بالاتفاق وان كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور ولو سرق أحد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبان من غير عدة فلا يقطع على واحد منهما ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لا يقطع عليه سواء كان الزوج بعد أن قضى بالقطع أو لم يقض في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه قال إذا قضى عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امرأة المبتوتة أو المختلعة في العدة لا يقطع وكذا إذا سرقته من الزوج في العدة وان كانت منقضية لعدة يجب القطع (قوله ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع) بل خلاف (لان للمولى حقا في أكسابه) ولان ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى أو عتق كان له فلا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما إذا سرق أحد المتبايعين مائرا فيه الخيار وكلا لا يقطع على السيد كذلك لا يقطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبده أو من زوجته سيده وهو قول أكثر أهل العلم وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية وتقدم أن عمر وهو في السرقة من مال زوجته سيده وكان ثمن المرأة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن أحد من الصحابة شيء خلافه فليحل الاجماع فيخص به الآية والحكم في المذبذك (قوله وكذلك السارق من المغنم) لا يقطع (لان له فيه نصيبا وهو ما ثور عن علي دأ وتعليل) ر واه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا الثوري عن سمك بن حرب عن أبي عبيدة بن الابصر وهو يزيد بن دأ قال أتى علي رجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطني قبل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حدثنا جبارة ابن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس عن عبد الله بن رقيق عن الحسن بن علي عن الحسن بن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى أن هذا ليس مما نحن فيه ألا ترى إلى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلا منافيا سرقة بعض مستحق الغنيمة واستناده ضعيف (قوله قال) أي المصنف (الحرز لا بد منه) لوجوب القطع (لان الاستسرا لا يتحقق دونه) لانه اذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه أو انسان متصد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اخفاء الاخذ والدخول فلا يتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما بنفسه لوجوب الحرز اذا تصور السرقة دون الاخفاء ولا يتحقق الاخفاء دون الحفاظ فيخفى الاختصاص منه أو البناء فيخفى دخوله بيت

مؤثرة كانت الاختصاص مؤثرة أيضا كما في النسب فالخاق الرضاع بالرضاع أولى من الخاق الرضاع بالزنا (قوله ودلالة) وهو أن عقد النكاح بينهما دال على البسطة لانها بعد النكاح يصيران كصراعي الباب وهذا يدل على البسطة في المال أولان البسطة بينهما في الاموال لما أثبت في منع قبول شهادة أحدهما إلا تخرفلان يمنع القطع أولى لان القطع من الحدود وهو يندري بالشبهات وهذا يعطى الطريقين (قوله دأ وتعليل) روى عن

وقوله (ودلالة) معناه أنها لما بذلت نفسها وهي أنفس من الاموال فلان تبذل المال أولى (وهو نظير الخلاف في الشهادة) فان شهادة أحد الزوجين لا تخرفلا تقبل عندنا وعنده تقبل في أحد قوليه بل هذا أولى لان هذه البسطة تمنع قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو مما يندري بالشبهات أولى (قوله وهو ما ثور عن علي رضي الله عنه دأ وتعليل) يريد به ما روى

قال المصنف (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع الى قوله وكذلك السارق من المغنم الخ) أقول فيه بحث لان عدم القطع في تبك المسكتين على مقتضى هذين التعليين لا يكون لانتفاء الحرز فلا يناسب ذكرهما في هذا الفصل بل الموضوع المناسب لذكرهما الباب السابق عند قوله ولا يقطع السارق من بيت المال والظاهر أن ذكرها استطرادي قال المصنف (لان له فيه نصيبا) أقول هذا التعلي يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع لكن الرواية مطلقة فيختصم القدر ويشرح الطحاوي فلا بد من تعليل آخر

عن علي رضي الله عنه انه أتى برجل قد سرق من المغنم فدرا عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا قال (والحرز زعلي نوعين) الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز أن يقال هو ما يراد به حفظ الاموال وهو على نوعين (حرز لغني فيه) وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال (كالدور والبيوت والصندوق والحاوون) (١٤٥) والحظيرة للمغنم والبقر (حرز بالحفاظ كن

جلس في الطريق أوفى المسجد وعنده متاعه فانه محرزه) وكل واحد منهما يغفل عن الآخر) وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداءه صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد (وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحفاظ) هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معاق ولا في جريسة الجبل فاذا آواه المراح أو الجرب من القلع فيما بلغ ثمن المهن ونحوه وادعى وفق الكتاب لابسين مخصوص (ثم هو على نوعين حرز) بالمكان (كالدور والبيوت) والجدران والحاوون والتجار والبيوت هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والحياض والخزاهن وجميع ما أعد لحفظ الامتعة وقد يكون بالحفاظ وهو بدل عن الاماكن المبنية على ما ذكر في المحيط وذلك (كن جلس في الطريق) أوفى الصغراء (أوفى المسجد وعنده متاع فهو محرزه وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداءه صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) على ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطأ وأحمد في مسنده من غير وجه والحاكم صاحب التتبع ابن عبد الهادي أنه حديث صحيح وله طرق كثيرة وألفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه انما عاينوا صاحب الحكم بجمته بلا شبهة وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن أبيه انه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت رأسه فنام فاتاه لص فاستله من تحت رأسه فاخذه فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سارق رداي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اسرقت رداءه هذا قال نعم قال اذهب به فاقتل عبيده فقال صفوان ما كنت أريد أن تقطع يده في رداي قال فسلوا كان قبل أن تأتي به زاد النسائي نطقه وفي المستدرک سماه خيمتين ثلاثين درهما (قوله وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحفاظ هو الصحيح) احتراز عما في العيون أن على قول أبي حنيفة يقطع السارق من الجسم في وقت الاذن أي في وقت دخولها اذا كان تحتها حفظ وقال أبو يوسف ومحمد لا يقطع به أخذ أبو الليث والصدور الشهيد وفي الكافي وعليه الفتوى وهو ظاهر المذهب وجه الصحيح (انه محرز بدون الحفاظ) لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يدغير صاحبه الى ما فيه ويكون المال مع ذلك محتفيا وليس هذا مع الحفاظ فهو فرع ولا اعتبار لفرع مع وجود الاصل فلا يعتبر وجوده معه فلا اذا كان الاصح أنه اذا دخل الجسم في وقت الاذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الجسم في نفسه صالح لصيانة الاموال الا أنه اختل الحرز للاذن في دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها لا يختلف المسجد فانه موضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بماله عنده من يحفظه فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما في المسجد ولو كان الحرز الذي يقتصر

علي رضي الله عنه أنه أتى برجل سرق من المغنم فدرا عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا (قوله وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحفاظ) وهو الصحيح وذكر في العيون على قول أبي حنيفة يقطع الله يقطع اذا كان تحتها حفظ وصورة رجل سرق من جسم فان كان صاحبه جالس عليه فسل من تحته قطع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يقطع قال الصدور الشهيد رحمه الله والفقهاء أبو الليث رحمه الله اختار قول محمد رحمه الله في الجسم ونحن نختار قوله أيضا اتباعا له (قوله وان لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح) له انه أراد أنه اذا دخل البيت لئلا وليس له باب أو كان وهو مفتوح قطع لانه حرز فلا يعتبر بالحفاظ لما ذكر في المحيط منقولا من الحاوي ولو كان

(١٩ - فتح القدير والكفاية) - خامس) وهو البيت) أقول قال الزبلي لان الحرز به فوق الحرز بالحفاظ لان الحرز ما يمنع وصول البدالي المال وبه امتنع من اشتقاقه عن أعينهم فكان الحرز بالحفاظ دونه فيكون كالبسمل عنه فلا يعتد به جردا لا أصل انتهى لا يقال اذا كان في الحرز بالحفاظ شبهة البدالي فيجب أن لا يقطع السارق منه اذا الحدود تندرج بالشبهات لا تارة كذا القياس لحديث صفوان

المال (لزال يد المالك بمجرده لاخذ قتم (١٤٦) السرقة) وهذا أيضا ما يدل على أن الحرز بالمكان أقوى (ولا فرق بين أن يكون

الحفاظ مستيقظا أو نائما والمتاع عنده أو تحتها هو الصحيح (لان النائم عند متاعه يعد حافظا للمتع) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا للمتع في حال نومه اذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه أما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا في حال نومه أخذوا ذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في البصرة فيجمع متاعه ويبست عليه فسرق منه رجل قطع قالوا قوله يبست عليه يشير الى أنه انما يقطع اذا نام عليه واد الى الاول شمس الاثمة وقال (المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله في الفتاوى) يعني قال فيها انهم جاز يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الاثمة ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيها اذا نام قاعدا وأما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر وأما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا أو مضطجعا كذا في النهاية وقوله (ولا قطع على من سرق من حمام) يعني في الوقت الذي أذن

لنفس بالدخول فيه (ومن سرق شيئا من حرز) أقول نفر يسع ويبان لبقا له أو لا بقوله الحرز على نوعين الخ

النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب أوله باب ولكنه مفتوح لان البناء لا حرز (الا أنه لا يجب القطع الا بالاخراج اقيام يد المالك قبل الاخراج) من داره فلا يتحقق الاخذ الا بالارادة وذلك بالاخراج من حرزه (بخلاف الحرز بالحفاظ فانه يقطع كأخذه لزال يد المالك بمجرده لاخذ قتم السرقة) فيجب موجهها (ولا فرق) في وجوب القطع (بين كون الحفاظ في الطريق والبصرة والمسجد) مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو تحت رأسه (أو عنده) وهو بحيث يراه (لانه بعد النائم عند متاعه) وبمحضرته كفيما نام مضطجعا أولا (حافظه في العادة) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم باسقاط كون المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه وموجه الصحيح ما ذكرنا (ولهذا لا يضمن المودع والمستعير) اذا حفظ الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولولم يكن ذلك حفظا ضمنا (بخلاف ما اختاره في الفتاوى) فانه أوجب فيها الضمان على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرز النوع يكون حرز الجميع انواع هو الصحيح كذا كره السكراني حتى لو سرق لؤلؤة من اصطبل أو حظيرة غنم يقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد أطلق محمد عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر وهو مقيد بما ذكرنا لم يكن معهما من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذي يحفظها الراعي ففي البقال لا يقطع وهكذا في المشتري عن أبي حنيفة وأطلق خواهر زاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظا ويمكن التوفيق بان الراعي لم يقصد حفظها من السرقة بخلاف غيره ونقل الاسيحي عن بعض أصحابنا ان كل شيء يعتبر بحرزه فلا يقطع باللؤلؤة من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة منها وهذا قول الشافعي (قوله) ومن سرق شيئا من حرز أو من غير حرز) كالصبراء (وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق ما لا يحزر باحد الحرزين) وهذا بعمومه يتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم أن الصحيح أنه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن الا أن قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الجسام فانه حرز على أن قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله تعييده فانه بعمومه يقتضي أن لا يقطع وان كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا نفر يسع على ما قدمه من الاصل

باب الدار مفتوحا دخل نهارا وسرق لا يقطع (قوله والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح) وقيل انما يكون بحرزه في حال نومه اذا كان تحت جنبه أو تحت رأسه فاما اذا كان موضوعا بين يديه لا يكون بحرزه في حال نومه والصحيح أنه يقطع بكل حال لان الاعتبار الاحراز المعتاد وقد حصل هذه لان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا ألا ترى أن المودع والمستعير لا يضمنان بمثله وهما يضمنان بالتضييع فانه قال يضمنان في هذه الصورة ولا يقطع السارق فيها وفي فتاوى أبي الليشوجم الله سئل أبو القاسم عن رجل ثياب الوديعة على دابته فتزل في بعض الطريق ووضع الثياب تحت جنبه فسرق الثياب قال ان أراد به التفرق ضمن وان أراد به الحفظ لا يضمن وذكر في المحيط انما لا يجب الضمان اذا وضعه بين يديه ان نام قاعدا أما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر أما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه في الحالىن وقوله بخلاف ما ذكر في الفتاوى يحتمل السك (قوله لوجود الاذن عادة) أى في الجسام أو حقيقة في البيت الذي أذن في دخوله

ويدخل

البيت

قال المصنف (ومن سرق شيئا من حرز) أقول نفر يسع ويبان لبقا له أو لا بقوله الحرز على نوعين الخ

ويدخل في ذلك حوائث القبار والخانات الا اذا سرق منها ليلالانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لانه محرز بالحفاظ لان المسجد مابني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزاً بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزاً فلا يعتبر الاحراز بالحفاظ (ولا قطع على الضيف اذا سرق من اضافته) لان البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه ماذوناً في دخوله ولانه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة (ومن سرق سرقة فلم يخرجهم من الدار لم يقطع) لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الانخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها فعني فتمكن شبهة عدم الاختذ (فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجهم من المقصورة الى ضمن الدار قطع)

الذي اذن للناس بالدخول فيه وقوله (ويدخل في ذلك) أي في قوله أو من بيت اذن للناس في دخوله وقوله (الا اذا سرق منها ليلال) استثنائه من قوله ولا قطع وقوله (ومن سرق من المسجد متاعاً) ظاهر وقوله (ومن سرق سرقة) أي مالا وسعى الشيء المصروف سرقة مجازاً ومنه قول مجاهد اذا كانت السرقة معصفاً وقوله (وان كانت فيها) أي في الدار (مقاصير) يعني حجرات وبيوت

المذكور (قوله ويدخل في ذلك) أي يدخل في بيت اذن في دخوله (الخانات والحوائث) فيثبت فيها حكم عدم القطع نهاراً فان التاجر يفتح حانوته نهاراً في السوق ويأذن للناس في الدخول ليشترى ومنه فاذا سرق واحد منه شبه بالاي قطع وكذا الخانات (الا اذا سرق منها ليلالانها بنيت لاحراز الاموال) وانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منقطع بالليل (ومن سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده قطع) لانه محرز بالحفاظ لان المسجد مابني لاحراز الاموال فلم يكن محرزاً بالمكان) لئلا يقطع اعتبار الحفاظ ثم تقتل حرز يتسه بالاذن كالحمام فكان الحفاظ معتبراً حرزاً فيقطع بالاخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة تزولوا بيتاً أو خاناً فسرق بعضهم من بعض متاعاً وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع (قوله ولا قطع على الضيف اذا سرق من اضافته) لأن البيت لم يبق حرزاً في حقه لكونه ماذوناً في دخوله ولانه) بالاذن صار بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة) وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له في دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا اخرج المص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرج منه من الدار واذا كان واحداً قبل الاذن في الدار اختل الحرز في البيوت وسباق ما يفيد هذا (قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجهم من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الانخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معني فتمكن شبهة عدم الاختذ) وهنك الحرز (فان كانت فيها مقاصير فاخرجهم من مقصورة الى ضمن الدار قطع) هذا كلام مجاهد وأول بما اذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنزلة أهل الدار وانما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة لانه على هذا التقدير بعد الانخراج اليها كالانخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها في يد واحد وهنا كل بيت حرز على حدته لا تختلف السكان وفي الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا ثم في الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان عليه اذا تلف المسروق في يده قبل

(قوله وانما الاذن يختص بالنهار) الا اذا كان باباً مغلقاً فحينئذ يقطع في النهار أيضاً وعن أبي حنيفة رحمه الله أن سرق ثوباً من تحت رجل في الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد متاعاً وصاحبه عنده وعنه ما أنه لا يقطع وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى لانه بني للاحراز فكان المكان حرزاً فلا يعتبر الاحراز بالحفاظ وقد اختل الحرز بالمكان بالاذن في الدخول فلا يقطع بخلاف المسجد لانه لم يبن لاحراز الاموال فمكان محرز بالحفاظ كالصراه (قوله ومن سرق سرقة) أي مالا فلم يخرجهم من الدار لم يقطع ولو كان مكان السرقة مقصّب فهلك في يده قال بعض مشايخنا لا يضمن والصحیح أنه يضمن لان الدار كلها حرز واحد حتى اذا اذن له في دخول الدار فسرقة من البيت لا يقطع وهذا اذا كانت الدار صغيرة بحيث لا يستغني أهل البيوت من الانتفاع بعض الدار وان كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير أي حجر ومنازل وفي كل مقصورة سكان ويستغني أهل المنازل عن الانتفاع بعض الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فاخرجهم من مقصورة الى ضمن الدار قطع لان الانخراج من الحرز قد وجد لان كل مقصورة حرز على حدة ألا ترى أن على باب كل مقصورة غلقاً على حدة



وقوله (وان أغار انسان) أي تدخل بسرقة قال في النهاية ثانياً فلا عن المغرب ان أغار لغتاً شمس الائمة الخ لوانى والضمير يوأما لفظ محمد فهو وان أغار انسان من أهل المقاصير انساناً على متاع من يسكن مقصورة أخرى وألفظ شمس الائمة السرخسى كذلك وكأنه أصح لان الاغارة باب السرقة غير لاقتلان السرقة أخذ مال في (١١٨) خفاء وجبلة فذلك سمي السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة أخذ في

المجاهرة مكابرة ومغالبة وقيل يجوز أن يكون بعض أهل المقاصير يدخل على بعض آخر بالليل جهراً ومكابرة ومخترعاً عن أعين الناس ومثل هذا المعنى لا يليق به الا الاغارة واذا صحت المعنى جاز أن يكون لفظ الاغارة مروياً عن محمد وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار إشارة الى هاتين الجهتين وقوله (لمأيننا) إشارة الى قوله لان كل مقصورة الخ وقوله (واذا نقب للص البيت) ظاهر وقوله (وهى بناء على مسئله تاتى بعد هذا) إشارة الى مسئله نقب البيت (قوله وان ألقا فى الطريق) واضح وحاصله أن يده تثبت عليه بالأخذ ثم بالرى الى الطريق لم تزل يده حكماً لعدم اعتراض يد أخرى على يده واذا بقيت يده حكماً وقد تقرر ذلك بالأخذ الثانى وجب القطع (قوله ولم تعرض عليه بدمعته) جواب عن قوله كلاً وأخذ غير هان هناك بدمعته اعترضت عليه فاجبت سقوط البدل الحكمة لا سارق فلما لم تسقط البدل الحكمة هنالم يرد ما ذكره زفر لانه خرج من الحرز ولما لم يده وقوله (فاعتبر الكل) أي القاوى الطريق ثم أخذ منه فعلا واحداً كما إذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا

لان كل مقصورة باعتبارها راساً كنهار عز على حدة (وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) لمأيننا (واذا نقب للص البيت) تدخل وأخذ المال وناوله آخراً ج البيت فلا قطع عليهما) لان الاول لم يوجد منه الاخراج لا اعتراض بدمعته على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن أبي يوسف رحمه الله ان أخرج الداخل يده وناولها الخارج فاقطع على الداخل وان أدخل الخارج يده فقتلها لم يدا الداخل فعليهما لقطع وهى بناء على مسئله تاتى بعد هذا ان شاء الله تعالى وقوله (وان ألقا فى الطريق وخرج فآخذه قطع) وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان الالتقاء غير موجب للقطع كلاً وخرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كلاً وأخذ غير ولنا أن الرى حيلة يعتادها الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد (قوله وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) يريد دخل مقصورة على غرة فآخذ بسرقة يقال أغار لفرس والعلب في العدو اذا أسرع وقوله فسرق تفسير لقوله أغار (قوله واذا نقب للص البيت) فدخل وأخذ المال فقتلها آخراً ج البيت) عند النقب أو على الباب (فلا قطع عليهما) بلا تفصيل بين اخراج الداخل يده الى الخارج أو ادخال الخارج يده (ثم روى عن أبي يوسف ان أخرج الداخل يده منها الى الخارج فاقطع على الداخل وان أدخل الخارج يده فقتلها فعليهما لقطع) وعلى الاطلاق الذى هو ظاهر المذهب بقوله (لا اعتراض بدمعته على المال) المسروق (قبل خروجه) أي قبل خروج الداخل والوجه أن يقطع الداخل كلعن أبي يوسف لانه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له في ثبوت الشبهة في السرقة واخراج المال وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل ممنوع بل تمت بالداخل وحده وانما تتم بها اذا أدخل الخارج يده فآخذها وفيه قال أبو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاضدين قطعاهما ويحمل قول أبي يوسف وقال فان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما وهذا لا يتحقق في هذه الصورة الا اذا اتفق أن خارجاً رأى نقباً فادخل يده فوقع على شيء مما يجعه الداخل فآخذه فظاهر أنه لا يقطع واحد منهما قال والمسئلة بناء على مسئله أخرى تاتى بمعنى مسئله نقب البيت والقاه في الطريق ثم خرج وأخذ ولم يذكر مجدها اذا وضع الداخل ومال كل محرز بقصورتها (قوله وان أغار انسان) في المغرب وفي رواية محمد رحمه الله وان أغار انسان من أهل المقاصير انساناً على متاع من يسكن مقصورة أخرى فكانه أصح وان كان الاول أكثر وفي مختصر الكرخى رحمه الله وكذلك ان أغار بعض أهل تلك المقاصير على مقصورة فسرق منها وخرج به منها الى محن الدار قطع والمقصورة حجرة من حجر دار واسعة محصنة بالحيطان والمراد بالاغارة الاسراع في الاخذ من أغار الثعلب أو الفرس اغارة وغارة اذا أسرع في العدو ومنه كما يغير ثم قيل للخبيل المغيرة غارة ومنه وشوا الغارة أى وفروا الخيل وأغار على العدو أخرجه من حياته بهجومه عليه (قوله وهى بناء على مسئله تاتى بعد هذا) وهى من نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئاً يقطع عند أبي يوسف رحمه الله لانه لا يشترط لهتك الحرز دخوله كفى الصندوق وشق الجوالق ولو وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذ لم يذ كره بمجده رحمه الله والصحيح أنه لا يقطع قبل ولو كان فى الدار نهر جار فرمى بالمتاع فى النهر ثم خرج وأخذ ان خرج بقوله لانه لا يقطع لانه لم يخرج وان يخرج نهر يكه الماء قطع لانه أخرج كذا ذكره الامام الترمذى رحمه الله ولكن ذكر القاوى الطريق ثم أخذ منه فعلا واحداً كما إذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا

السارق

(قوله وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار إشارة الى هاتين الجهتين) أقول يعنى الدخول بالليل جهراً والاختفاء عن أعين الناس (قوله وهى بناء على مسئله) أقول يظهر بناؤها عليها فى التامل لكن لا بد فى قطع الداخل اذا أدخل الخارج يده من ملاحظة دليل قوله اذا دخل الحرز جماعة



وقوله (فأذا خرج ولم يأخذه)

جواب عن قوله كقولهم يخرج  
ولم يأخذه وقوله (وكذا ان حمله  
على حمار) ظاهر قال (واذا  
دخل الحارز جماعة) كلامه  
واضح وانما وضع المسئلة في  
دخول جماعة لانهم اذا  
اشتركوا وانفقوا على فعل  
السرقه لكن دخل واحد  
منهم البيت وأخرج المتاع  
ولم يدخل غيره فالقطع على  
من دخل البيت وأخرج  
المتاع ان يعرف بعينه وان لم  
يعرف فعليه التعزير ولا  
يقطع واحد منهم وان  
كان غير الداخل يعرف الداخل  
والفرق بينهما انهم لم يملك  
يدخلوا البيت لم يتأكد  
معاونتهم به تلك الحارز  
بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم  
لما ان كمال هتك الحارز انما  
يكون بالدخول وقد وجد  
في مسئلة الكتاب فاعتبر  
اشتراكهم قالوا هذا اذا  
كان الاخذ الحامل عن  
يجب عليه القطع عند  
الانصراف بان كان عاقلا  
بالغا وأما اذا كان الاخذ  
الحامل صبياً أو مجنوناً فلا  
يقطع واحد منهم لان غير  
الحامل في هذا الفعل ليس  
لاخذ الحامل فإذا لم يجب  
القطع على من هو مسئول  
لا يجب على من هو متبع وان  
كان الذي تولى الحارز  
والاخراج كبير الكن فيهم  
صبي أو مجنون فكذلك  
الجواب على قول أبي حنيفة  
ومحمد لان الفعل من الكل

السارق لتعذر الخروج مع المتاع أو لتفترغ اقتال صاحب الدار أو لفرار ولم تعترض عليه بدمعة فاعتبر  
الكل فعلا واحداً فأذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لاسارق قال (وكذا ان حمله على حمار فساقه وأخرجه)  
لان سيره مضاف اليه لسوقه (واذا دخل الحارز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعاً) قال العبدان مضاف  
هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله لان الاخراج وجد منه فثبت السرقه به  
ولنا أن الاخراج من الكل معنى للمعاونة كفاي السرقه الكبرى وهذا لان المعتاد فيهم ان يحمل البعض  
المتاع ويتشهر الباقيون للدفع

المال عند النقب ثم خرج وأخذه قبل يقطع والصحيح أنه لا يقطع قبل ولو كان في الدار من جارف في المال في  
الهر ثم خرج فأخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرج به وقبل يقطع لانه اخرج ذكره الترمذي وقال  
في المبسوط فيما اذا أخرج به الماء بقوة جريه الاصح أنه يلزمه القطع وهو قول الأئمة الثلاثة لان جري الماء  
به كان بسبب القائه فيه فيصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون ممتكنا من دفع صاحب  
البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا أوجبه ضعيفا فأخرج به بغير يد الماء قطع بالاجماع  
وهذا مردد نقض على مسئلة المذهب لانه يصدق عليه انه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد  
المعتبرة قبل أن يخرج به (ولو ألقاه) الداخل (في الطريق ثم خرج وأخذه قطع) وبه قالت الأئمة  
الثلاثة خلا لفرز (له أن الالتقاء غير موجب للقطع كقولهم لم يأخذه) بان تركه أو أخذه غيره (وكذا  
الاخذ من السكة) غير موجب للقطع فلا يقطع بحال (ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السارق لتعذر الخروج  
مع المتاع لضيق النقب أو لتفترغ اقتال صاحب الدار أو لفرار) ان أدرك (ولم يعترض على المال الذي  
أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحداً واذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع) لمال صاحب الدار عداوة  
ومضارة (لا سارق) واذا أخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطععت نسبة الاخذ اليه والخاصل أن يد  
السارق تثبت عليه وباللقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى ألا ترى أن من سقط منه مال في الطريق  
فأخذه انسان ليرده عليه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فرده اليه  
صاحبه بخلاف ما لو أخذه غيره لسقوط اليد الحكيمة باليد الحكيمة وكذا اذا حمله على حمار فساقه فأخرج به  
لان سيره مضاف اليه بسوقه) فيقطع وفي مبسوط أبي اليسر وكذا اذا علقه في عنق كلب وزجره يقطع ولو  
خرج بلا زجر لا يقطع لان الدابة اختيار انفسا يفسد اختيارها بالحل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل اليها وكذا  
اذا علقه على طائر فطار به الى منزل السارق أو لم يسق الحمار فخرج بنفسه الى منزل السارق لا يقطع (قوله  
واذا دخل الحارز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعاً) قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس أن يقطع  
الحامل وحده وهو قول زفر) والأئمة الثلاثة لان فعل السرقه لا يتم الا بالاخراج بعد الاخذ والاشد ان نسب  
الى الكل فالخراج انما وجد منه فاعتبرت السرقه منه قلنا نعم هذا هو القياس ولكننا استحسننا قطعهم (لان  
الاخراج وان قام به وحده لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كفاي السرقه الكبرى) واذا باشر بعضهم القتل  
والاخذ والباقيون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بسبب معاونتهم  
وأن قدوة القاتل والاخذ انما هي بهم فكذا هذا (فان السارق يعتادون ذلك فيفترغ غير الحامل للدفع)

في المبسوط في اخراج الماء بقوة جريه الاصح أنه يلزمه القطع لان جري الماء به كان بسبب القائه في النهر  
فيصير الاخراج مضافا اليه في هذا الوجه وهو زيادة حيلة منه ليكون ممتكنا من دفع صاحب البيت فلا يجوز  
أن يجعل مسقطا للحد عنه (قوله ولم تعترض عليه بدمعة) جواب عن قوله كالأخذ غيره فان هناك اعتراض  
عليه بدمعة فوجب سقوط اليد الحكيمة للسارق ولم تسقط يده الحكيمة هنا (قوله واذا دخل الحارز  
جماعة) وانما وضع المسئلة في دخولهم لانهم اشتركوا وانفقوا على فعل السرقه لكن دخل واحد منهم  
البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع ان يعرف بنفسه وان لم يعرف  
فعليه التعزير ولا يقطع واحد منهم كذا في النهاية (قوله فتولى بعضهم الاخذ) وهو عن يجب عليه القطع عند  
واحد وقد تمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقي وقال أبو يوسف يجب القطع الاعلى الصبي والمجنون

قوله (ومن نقب البيت) واضح والغطر بني (١٥٠) هو درهم المنسوب الى غطر يف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد

فلو امتنع القطع لادى الى سد باب الحد قال (ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئا لم يقطع) وعن أبي يوسف في الاملاء انه يقطع لانه أخرج المال من الخرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما إذا أدخل يده في صندوق الصير في أخرج الغطر بني ولنا أن هنك الخرز يشترط فيه السكك تحرز عن شبهة العدم والسكك في الدخول وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد قال (وان طرصة خارجة من السكك لم يقطع وان أدخل يده في السكك يقطع) لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطريق يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هنك الخرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطريق يتحقق الاخذ من الخرز وهو السكك ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب

فكان مثله وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعد ذلك (فلو امتنع القطع أدى الى سد باب الحد) ان منع لم يضر وانما وضعه في دخول السكك لانه لو دخل بعضهم لسكنهم اشتركو في فعل السرقة لا يقطع الا الدخول ان عرف بعينه وان لم يعرف عزروا كلهم وأبدحسهم الى ان تظهر قوتهم (قوله ومن نقب البيت وأدخل يده فأخذ شيئا لم يقطع) وهذا ظاهر الرواية عن السكك ولذا لم يذ كر الحالك خلافا (وروي عن أبي يوسف في الاملاء انه يقطع) وهو قول الاثمة الثلاثة لان اخراج المال من الخرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط الا انه فكان هو المقصود من الدخول وقد وجد فاعتباره شرط في القطع بعد المقصود باعتبار ضرورة لا أثر لها غير ما حصل (ومار كما إذا أدخل يده في صندوق الصير في أخرج الغطر بني) أو في الجواهر والغطر بني درهم منسوب الى الغطر يف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وكانت دراهمه من أعز النقود بخاري قال المصنف (ولنا ان هنك الخرز يشترط فيه السكك) وعرفت أن هذا في حيز المنع منهم فابتنه بقوله (تحرز عن شبهة العدم) أي شبهة عدم السرقة وهي مسقطه فان الناقص يشبه العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لانها أخذ المال خفية من خرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرط لوجودها اذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد يتحقق معه وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لانقص فيه وكون الدخول هو المعتاد باتفاق الحال لانه قلما يقدر على اخراج شيء مالم يصره بعينه من جوانب البيت فيقصده اليه وقلما يدخل الانسان يده من كوة بيت فتقع على مال ثم يفرق بينه وبين الصندوق ان الدخول في الصندوق غير ممكن فاعتباره بخلاف البيت (وبخلاف ما تقدم من حل البعض المتاع فانه هو المعتاد) (قوله ومن طر) أي شق (صره) والصره الهيمان والمراد من الصرة هنا الموضع المشدود فيه دراهم من السكك (لم يقطع وان أدخل يده في السكك يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطريق يتحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هنك الخرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطريق يتحقق الاخذ من الخرز وهو السكك ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب) فاذا كان الرباط من خارج يقطع لانه أخذ الدراهم حينئذ من باطن السكك

الانفراد بان كان عاقلا بالغاً وما إذا كان الاخذ صبياً وبجنونا لا يقطع واحده منهم وان كان الاخذ عاقلاً بالغاً وفيهم صبي أو بجنون فلا يقطع على واحد منهم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجب القطع الاعلى الصبي والجنون والغطر بني هو الدرهم المنسوب الى غطر يف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد والدراهم الغطر بنية كانت من أعز النقود بخارا (قوله وان طر صرة) الطرار الذي بطر الهيمان أي يشقها ويقطعها والصره وعاء الدراهم يقال صررت الصرة أي شددتها والمراد بالصره هنا نفس السكك المشدود فيه الدراهم وفي قوله وان طر صرة خارجة من السكك لم يقطع دليل على أن المذكور في أصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بمجرد على عومه بل هو محمول على ما إذا أدخل يده في السكك فطرها وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال (قوله فلا يتحقق هنك الخرز) وهو ادخال اليد في السكك واخراج الدرهم منه (قوله وينعكس الجواب) يعني فيما إذا كان حل الرباط خارج السكك يجب

والدراهم الغطر بنية كانت من أعز النقود بخاري كذا في المغرب ويؤيد وجه ظاهر الرواية ما روي عن أبي أنه قال المص إذا كان طريفا لا يقطع قبل وكيف ذلك قال أبو نقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غصير أن يدخل وقوله (بخلاف الصندوق) جواب عن قوله كما إذا أدخل يده في صندوق الصير في فان قبل لو كان السكك في هنك الخرز شرطاً تحرز عن شبهة العدم لما وجب القطع فيما تقدم من حل بعض القوم المتاع دون بعض لان فيه شبهة العدم أجاب بان ذلك هو المعتاد (وان طر صرة) الطرار هو الذي بطر الهيمان أي يشقها ويقطعها والصره وعاء الدراهم يقال صررت الصرة أي شددتها والمراد بالصره هنا نفس السكك المشدود فيه الدراهم وفي هذا التفصيل المذكور في الكتاب دليل على أن المذكور في أصول الفقه بان الطرار

يقطع ليس بمجرد على عومه بل هو محمول على الصرة الثانية وهي ما إذا أدخل يده في السكك فطرها (قوله فلا يوجد هنك الخرز) يعني ادخال اليد في السكك واخراج الدرهم منه وقوله (في الوجهين) أي من الخارج والداخل وقوله (ينعكس

لانعكاس

الجواب) يعني فيما إذا كان حل الرباط خارج السكك يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان

خارج السك وقعت الدراهم في السك فاحتاج في أخذ الدراهم الى ادخال اليد في السك فلما أخرج الدراهم من السك فقد هتك الحرز بخلاف ما إذا كان حل الرباط في داخل السك فإنه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل السك بقيت الدراهم خارج السك فظاهرة محاولة فكان الاخذ من خارج السك فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز في أخذ المال لانه وان أدخل اليد في السك الآتية (١٥١) أدخلها الحل الرباط لا لأخذ المال من السك

وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانه كاس العلة وقوله (لانه ينعكس) أي لان صاحب السك يعتمد السك في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال لان قصد صاحب السك من وجوده عند المال لا يخلو من أحد أخرب من قطع للمسافة أو الاستراحة وذلك لانه اما أن يكون في حالة المشي أو في غير حالته ففي الأول قصده قطع المسافة لاحفظ المال وفي الثاني قصده الاستراحة والمقصود هو الاعتبار في الباب الآتري أن من شق جوالق على ابل تسير وأخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق حرز الهاشكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بمافيته والجوالق على ابل تسير لا يقطع لان السائق والقائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لاحفظ فلم يصير الجوالق محرزا به مقصودا على ما هو المذكور قال المصنف (لان في الوجه الاول الى قوله هتك الحرز) أقول فيه بحث يندفع بادق تامل فإنه لا يدخل يده في

لانه كاس العلة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرزا اما بالسك أو بصاحبه قلنا الحرز هو السك لانه يعتمد به وانما قصده قطع المسافة والاستراحة فاشبه الجوالق (وان سرق من القطار بعيرا أو جلام يقطع لانه ليس بمحرز مقصودا فتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وان شق الحل وأخذ منه قطع)

وان كان الرباط من داخل السك لا يقطع لانه حينئذ ياتخذها من خارج السك فظهر أن انعكاس الجواب (لانه كاس العلة وعن أبي يوسف انه) أي الطرار (يقطع على كل حال) وهو قول الأئمة الثلاثة لان في صورة أخذ من خارج السك ان لم يكن محرزا بالسك فهو محرز بصاحبه واذا كان محرزا بصاحبه وهو قائم الى جنبه فلان يكون محرزا به وهو يقظان والمال يلاصق بدنه أولى (قلنا بل الحرز هتاك ليس الا السك لان صاحب المال يعتمد السك) أو الجيب لا قيام نفسه فصار السك كالصندوق وهذا لان المطرور كانه اما في حال المشي أو في غير مقصوده في الاول ليس الا قطع المسافة لاحفظ المال وان كان الثاني مقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمرأته فانه متعب للنفس فيربطه ليرج نفسه من ذلك فانما اعتمد الرباط والمقصود هو الاعتبار في هذا الباب الآتري أن من شق جوالق على ابل يسير فأتخذها في قطع لانه لم يهتك الحرز فظهر أن انعكاس الجواب السارق منه هاتكا للحرز فيقطع ولو أخذ الجوالق بمافيته لا يقطع وكذا لو سرق من الغسقاط قطع ولو سرق نفس الغسقاط لا يقطع لانه ليس بمحرز ابل مافيته محرز به فلذا قطع فيما فيه دونه بخلاف ما لو كان الغسقاط ملفوفا عنده يحفظه أو في فسطاط آخر فإنه يقطع به ولو سرق الغنم من الرعي لا يقطع وان كان الراعي معها لان الراعي لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعي بخلاف ما لو كانت في حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فأتخذها منه قطع لانها بنيت لحفظها وعند الأئمة الثلاثة اذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لانها محرزة به وان كانت غائبة عن نظره أو هو قائم أو مشغول فليست محرزة وكذا اذا أخذ الجوالق بمافيته من الجبال المقطرة يقطع وبما ذكر من التفصيل في الطرطره أن ما يطلق في الاصول من ان الطرار يقطع انما ياتي على قول أبي يوسف

القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج السك وقعت الدراهم في السك فاحتاج في أخذ الدراهم الى ادخال اليد في السك فلما أخرج الدراهم من السك فقد هتك الحرز بخلاف ما إذا كان حل الرباط في داخل السك فإنه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل السك بقيت الدراهم خارج السك فظاهرة محاولة فكان الاخذ أخذ الدراهم من خارج السك فلا يقطع لانه لم يهتك الحرز في أخذ المال لانه وان أدخل اليد في السك انما أدخلها لحل الرباط لا لأخذ المال من السك فكان هذا نظير من دخل البيت ونقبه ثم خرج وأدخل يده وأخذ شيئا وهناك لا يجب القطع فكذلك ههنا (قوله لانه كاس العلة) فان الرباط اذا كان خارج السك ففي صورة الطر لا يقطع لانه ياخذ الدراهم من خارج السك وفي صورة حل الرباط يقطع لانه ياخذ الدراهم من داخل السك وأما اذا كان الرباط داخل السك ففي صورة الطر يقطع لانه ياخذ الدراهم من داخل السك وفي صورة حل الرباط لا يقطع لانه ياخذ الدراهم من خارج السك على ما ذكرنا (قوله وانما قصده قطع المسافة) أي في حالة المشي أو الاستراحة أي في غير حالة المشي فلم يكن من قصده الحفظ فيكون المال محرزا بالسك لا بصاحبه فاذا قطع السك وأخذ المال من خارج السك لا يقطع لان هذا سرقته لحرز والقطع انما يجب بسرقته لحرز من حرز فاشبه الجوالق حيث يجب القطع بشقه وأخذ المال منه ولا يجب منه بسرقته الجوالق اذا لم يكن له حافظ

الحرز حينئذ اعدم قابلية الحرز لذلك اذا كان الطر من خارج فلم يوجد هتك الحرز على السك قال المصنف (لانه محرزا اما بالسك) أقول قال الكاشي أي في صورة طر هتك السك (أو بصاحبه) أي في صورة طر هتك السك بل المال محرز بصاحبه والمال يتبع انتهى بل الظاهر بعكس ذلك وأيضا حينئذ لا يلام قوله لانه الحرز هو السك اذا لم يوسف لا ينكره

لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز في قطع (وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع) ومعناه ان كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون بحرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه بعد حفظا عاة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه أو حيث يصحكون حافظا له وهذا يؤيد كدما قدمناه من القول المختار والله أعلم بالصواب

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ قال (ويقطع عين السارق من الزند ويحسم) فالقطع لما تلواناه من قبل

(قوله وان سرق من القطار بعيرا أو حمارا لم يقطع لانه ليس بحرزة مقصود فتمكن فيه شبهة العدم وهذا لان السائق والراكب والقائداتما يقصدون قطع المسافة ونقص الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الخيل وأخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز في قطع) وعند الامثلة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز في قطع في أخذ الجبل والجل والجوالق والشق ثم الاخذ أو القائد حافظ للعمل الذي زمامه بيده فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها اذا التفت اليها حافظ للسكل فالسكل بحرزة عندهم بقوله وفرض أن قصده قطع المسافة ونقل الامتعة لا ينافي أن يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع في حريسة الجبل بحمل على ترك الراعي اياها في المرعى وغيره عن عينه أو مع فومه والقطار بكسر القافى الابل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق ومنه جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم أثر بعض (قوله وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق) والمفاضة والمسجد (ونحوه حتى يكون بحرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه بعد حفظا عاة وكذا النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل) يعني عند التبصير وقوله لانه بعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة (وذكر في بعض نسخ الجامع وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظا له وهذا يؤيد كدما قدمناه من القول المختار) وهو أنه لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه عنده أو تحته

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة تفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز في عقبه (فالقطع لما تلواناه من قبل) وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما

القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر من قطر الماء صبه تقطيرا وقطره مثل قطره وأقطر لغة وقطر بنفسه سال قطرا وقطرا (قوله لان الجوالق في مثل هذا حرز) يعني فيما اذا كان للسارق خوف هجوم صاحبه وذكر في الاسلام رحمه الله في جامعها انما يعتبر الجوالق احراز اذا خيف هجوم صاحبه فكان الجوالق حرزا ولا يكون بحرزا لان الحرز اما بالحفاظ أو بالمكان والجوالق ليس بحرزا بالمكان ولا بالحفاظ قصدا فلا يجب القطع بسرقة والاصل فيه قوله عليه السلام لا قطع في حريسة الجبل وهي شاة تعرض في الجبل للرعى لا يجب القطع وان كان الراعي حاضرا لان الراعي يقصد الرعى لا الحفظ فكان الحفظ تبعاً والتبع له شبهة عدم الحفظ وكذا مقصود القائد والسائق السوق والقود فيمكن النقصان في الحفظ فلا يجب القطع (قوله أو حيث يكون حافظا له) وهذا يؤيد كدما قدمناه من القول المختار هو اشارة الى قوله ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح والله أعلم بالصواب

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ (قوله الزند مفصل طرف الفراع) في السكف وقال الخوارج يقطع عين السارق من المنكب لان البسامة لجار حتمن رؤس الاصابع الى الابطال وقال بعض الناس المستقن قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع أصابعه لزوال تمكنه من البطش بها قلنا هذا يخالف للنص فالنبي عليه السلام أمر بقطع يد السارق من الرسغ ولان هذا القدر متيقن به وفي العقوبات انما يؤخذ

في السكف وقوله (وان سرق من القطار بعير) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤا أو اسالوا وقوله (وهذا يؤيد كدما قدمناه من القول المختار) يريد قوله ولا فسرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح والله أعلم

﴿فصل في كيفية القطع واثباته﴾ لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بيمين بيان كيفية وهذا الفصل في بيانه الزند مفصل طرف الفراع من الكف والحسم من حسم العرق كواحد بحديدة سحاة ثلاثا يسيل دمه (فالقطع لما تلواناه) يعني قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية

﴿فصل في كيفية القطع﴾

(واليمين بقراءة ابن مسعود) فاقطعوا أيهم ما وهي مشهورة عازلة الزيادة بها على الكتاب وقد عرفت في الأصول (ومن الزيادة أن الاسم يتناول اليد إلى الباطن هذا المعنى أي الرسخ متيقن به) من حيث التامع والمقاطع (١٥٣) لكونه أقل دقوا من حيث القطع احتراز

عن قول بعض الناس أن المسحق قطع الأصابع فقط لأن بطشه كان بالأصابع فتم قطع أصابعه ليزول عنه كنه

من البطش به لأن قبضة قطعاً مكرواً وفيها قلنا قطع واحد على أنه مخالف للنص لأن المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع عين السارق من المنكب لأن اليد من العار حتمت رؤس الأصابع إلى الأبطالان فيه تكثيراً للمقطوع وقوله (كيف وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقطع السارق من الزند والحسم) روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقالوا يا رسول الله إن هذا سارق فقال عليه السلام ما أخاله سارق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم أحسموه الحديث وقوله (ولأنه لم يحسم)

قال المصنف (لأن الاسم يتناول البدن إلى الأبعاء) أقول ولعل المراد أن لفظ البدن مشترك بين الكل والجزء كلفظ القرآن قال العلامة السكاكي البدن قد تكون من المنكب وقد تكون من المرفق وقد تكون من الرسخ بأسماء العرب وبالله والشرع ولكن زال هذا الإبهام ببيان رسول الله

واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند أن الاسم يتناول اليد إلى الباطن هذا المعنى أي الرسخ متيقن به كيف وقد صرح أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه الصلاة والسلام فاقطعوه واحسموه ولأنه لم يحسم يفضي إلى التلف والحسم إذا جاز لا متلف

والعنى يدع ما وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق إلى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكم وقد ينثني وقال \* ظهراهما مثل ظهور الترسين \* والافصح الجمع وأما كونها اليمين بقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيهم ما وهي قراءة مشهورة فكان خبراً مشهوراً فيقيد إطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجموع لأن الصحيح أنه لا جاحل في قوله فاقطعوا أيهم ما وقد قطع عليه الصلاة والسلام اليمين وكذا الضميمة فلم يكن التقييد مردداً لمفعله وكان يقطع اليسار وذلك لأن اليمين أرفع من اليسار لأنه يمكن بها من الأعمال وحدها ما يمكن به من اليسار ولو كان الإطلاق مراداً والامتنال يحصل بكل لم يقطع إلا اليسار على عادته من طلب الأيسر لهم ما يمكن وأما كونه من الزند وهو مفصل الرسخ ويقال الكوع فلأنه المتوارث ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالتواتر لا يدل في فيه بكفر الناقلين فضلاً عن فهمهم أوجه فهم روى فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رداه صغوان قال فيه ثم أمر بقطعه من المفصل وضعف بالعزيزي وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقاً من المفصل وفيه عبد الرحمن بن سامة قال ابن القطان لا يعرفه حالاً وأخرج ابن أبي شيبة عن رجاء بن حيوة أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلاً من المفصل وانما فيه الأرسال وأخرج عن عمر وعلي أنهما قطعاً من المفصل وانقطع عليه الإجماع فأنقل عن شذوذ من الأكتفاء بقطع الأصابع لأن بها البطش وعن الخوارج من أن القطع من المنكب لأن اليد اسم لذلك الله أعلم بهتتو بتقدير ثبوته هو خرق لإجماع وهم لم يقدحوا في الإجماع قبل الفتنه ولأن اليد تطلق على ما ذكره على ماله الرسخ إطلاقاً شهراً من المنكب بل صار يقدح من إطلاق اليد فكان أولى باعتباره ولئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ماله المنكب هو المراد وماله الرسخ فيتعين ماله الرسخ في الرأى عندنا حتماً لعدم وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام أتى بسارق سرق ثوباً فقال عليه الصلاة والسلام ما أخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم أحسموه ثم اتفوا به فقطع ثم حسم ثم أتى به فقال تب إلى الله قال ثبت إلى الله قال تاب الله عليه وقال صحيح على شرط مسلم ورواه أبو داود وفي المراسيل وكذا رواه أبو القاسم ابن سلام في غريب الحديث وأخرج الدارقطني عن حبيب بن علي أنه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فسكا في أنظر إليهم وإلى أيديهم كأنهم البوارجر والحسم الذي لينقطع الدم في المغرب والغنى لابن قدامة هو أن يعمس في الدهن الذي أغلى وعن الزيت وكافة الحسم في بيت المال عندهم لأنه أمر القاطع به وبه قال الشافعي في وجهه وعندنا هو على السارق وقول المصنف (لأنه لم يحسم يؤول إلى التلف) يقتضي وجوبه

بالمتيقن به (قوله واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) فاقطعوا أيهم ما وهي مشهورة عازلة الزيادة بها على الكتاب وقد عرفت في الأصول (ومن الزيادة أن الاسم يتناول اليد إلى الباطن هذا المعنى أي الرسخ متيقن به) من حيث التامع والمقاطع (١٥٣) لكونه أقل دقوا من حيث القطع احتراز عن قول بعض الناس أن المسحق قطع الأصابع فقط لأن بطشه كان بالأصابع فتم قطع أصابعه ليزول عنه كنه من البطش به لأن قبضة قطعاً مكرواً وفيها قلنا قطع واحد على أنه مخالف للنص لأن المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع عين السارق من المنكب لأن اليد من العار حتمت رؤس الأصابع إلى الأبطالان فيه تكثيراً للمقطوع وقوله (كيف وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقطع السارق من الزند والحسم) روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقالوا يا رسول الله إن هذا سارق فقال عليه السلام ما أخاله سارق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم أحسموه الحديث وقوله (ولأنه لم يحسم)

(٢٠ - (فتح القدير والكفاية) - خامس) صلى الله عليه وسلم وعمله وعلى أصحابه رضوان الله تعالى عليهم واجماعهم (قوله لأن الاسم) أي اسم اليد وقوله يتناول اليد أي يتناول المسمى به (قوله أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع السارق من الزند والحسم)

ظاهر وقوله (وخلف في السجن حتى يثوب) حاصله أن السارق لا يؤتى على أطرافه إلا أربعة بالقطع وانما يقطع يمينه أول سرقة ورجله اليسرى في ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الساقى بعد الرابعة يحبس وعند أصحاب الظواهر في المرة الخامسة يقتل وقوله (ويروى مفسرا كما هو مذهبه) هو في حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرة الأولى تقطع يده اليمنى وفي الثانية الرجل اليسرى وفي الثالثة اليد اليسرى وفي الرابعة الرجل اليمنى (قوله ولأن الثالثة ظاهر

أقول فيه شي لان ظاهر  
أسلوبه يوهم ان يكون  
قوله والحسم معطوفا على  
قوله بقطع وليس كذلك بل  
على قوله ومن الزند

أعلم فاقطعوا يد من كل سارق وسارقة وقطع الرجل اليسرى انما ثبت بالاجماع (قوله) وخلف في السجن حتى يثوب) والمدة التي تقهر فيها التوبة مغفوض الجرايم الامام وقال بعضهم بحس سنة وقال بعضهم حتى يموت وقبل علامة ثوبته ان يظهر سماء الصالحين في وجهه (قوله) وروى مفسرا كاهومذهبه) وروى أبو هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام قال من سرق قطع يده اليمنى فان عاد وسرق قطع جسه اليسرى فان عاد وسرق قطع يده اليسرى فان عاد وسرق قطع جسه اليمنى

ولنا قول على رضي الله عنه فيه اني لا سخي من الله تعالى ان لا ادع له يد ايا كل جهاو يستعجب جهاور جلايتي  
عاجا وهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فاجمعهم فانه قد اجما

من سرقته ورواه عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن ثروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قدمت على أبي  
بكر رضي الله عنه رجل أقطع فشكا اليه أن يعلى بن أمية قطع يده ورجله في سرق وقال والله ما زدت على أنه  
كان يوليئ شيئا من ذلك لفته في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي فقال له أبو بكر ان كنت صادقا فلا قد نك  
منه فلم يلبثوا الا قليلا حتى فهدأ آل أبي بكر حليا لهم فاستقبل القبله ورفع يديه وقال اللهم أظهر من سرق أهل  
هذا البيت الصالح قال فان نصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال له أبو بكر رضي الله عنه ويك انك  
لقليل العلم بالله فقطع أبو بكر يد الثانية قال محمد بن الحسن في موطنه قال الزهري وروى عن عائشة قالت  
انما كان الذي سرق حلي أسماء قطع اليد اليمنى فقطع أبو بكر رجله اليسرى قال وكان ابن شهاب أعلم بهذا  
الحديث من غيره هذا وقد حكى عن عطاء وعمر بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل في المرة  
الخامسة كما هو ظاهر ما روى من ذلك وذهب مالك والشافعي الى أنه يعزرو ويحبس كقولنا في الثالثة (قوله  
ولنا قول على رضي الله عنه الخ) قال محمد بن الحسن في كتاب الا نارا اخبرنا أبو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد  
الله بن سلمة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال اذا سرق السارق فنبذت يده اليمنى فان عاد قطع رجله  
اليسرى فان عاد ضمتته السجين حتى يحدث خيرا اني لا سخي من الله أن ادع له يد ايا كل جهاو يستعجب جهاور  
ورجل يمشي عليها ومن طريق محمد بن رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن جابر عن  
الشعب قال كان على لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول 'اني لا سخي من الله أن لا ادع  
له يد ايا كل جهاو يستعجب جهاور واه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسحق عن جعفر بن محمد عن أبيه  
قال كان على لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا أتى به بعد ذلك قال اني لا سخي أن ادع له لا يظهر  
لصلاته ولكن احبسوه واخرجهم البهق عن عبد الله بن سلمة عن علي رضي الله عنه انه أتى بسارق فقطع يده ثم  
أتى به فقطع رجله ثم أتى به فقال أقطع يده فبأى شيء يسمع وبأى شيء يا كل أقطع رجله على أي شيء يمشي اني  
لا سخي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن أبي شيبة أن نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن  
السارق فكتب اليه بمثل قول علي وأخرج عن مالك أن عمر استشارهم في سارق فاجعوا على مثل قول علي  
وأخرج عن محمد بن أن عمر رضي الله عنه قال اذا سرق فاقطعوا يديه ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده  
الاخرى وذروها على كل جهاو يستعجب جهاور ولكن احبسوه عن المسلمين وأخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن  
آدم مثل الهيمة ليس له يد ايا كل جهاو يستعجب جهاور وهذا كله قد ثبت ثبوتا لا مرد له فبعد أن يقع في زمن رسول  
الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبها تنوفا للدواعي على نقلها مثل سارق يقطع رسول الله صلى  
الله عليه وسلم أو بعته ثم يقتله والصحابة يجتمعون على قتله ولا خبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من الاصحاب  
الملازمين له عليه السلام بل أقل ما في الباب أن كان ينقل لهم ان غابوا بل لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضى  
العادة فامتناع على بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة في الاثبات على أو بعته واما لعله أن ذلك ليس حدا  
مستقرا بل من رأى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله  
سياسة في فعل ذلك القتل المعنوي (قوله وهذا حاج على بقية الصحابة فجمعهم فانه قد اجما) يشير الى ما في تنقيح  
ابن عبد الهادي قال سعيد بن منصور رضي الله عنه حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال  
حضرت علي بن أبي طالب وقد أتى رجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لا صحابه ما ترون في هذا قالوا  
اقطعه يا أمير المؤمنين قال قتله اذا ما عليه القتل بأي شيء يا كل الطعام بأي شيء وضوء الصلاة بأي شيء يغتسل  
من جنباته بأي شيء يقوم على حاجته فردة الى السجن أيا ثم أخرج فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول

(قوله فجمعهم) أي ظلمهم  
في الحجة يقال ساجه لجهه أي  
ناظره في الحجة فقلب به بها

(قوله فجمعهم) أي ظلمهم بالحجة فانه قد اجما ولم يخرج عليه أحد بالنص في الباب فبان أنه لا نص فيه اذ لو ثبت



ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحدزاجر ولانه نادر الوجود والجز في ما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما يمكن جبر الحق والحديث طعن فيه الطحاوي رحمه الله أو نجمله على السياسة (واذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) لان فيه تفويت جنس المنفعة بطاشا أو مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء فانا (وكذا اذا كانت ايهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان منها سوى الابهام) لان قوام البطش بالابهام (فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شلاء فماع) لان فوات الواحدة لا يوجب خلافا لظاهر في البطش بخلاف فوات الاصبعين لان ما يتزلان منزلة الابهام في نقصان البطش

وقال لهم مثل ما قال أول مرة فخلده جلد اشد يد اثم أرسله وقال سعيد أبضا حدثنا أبو الاحوص عن سماعة بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال أتى عمر بن الخطاب باقطع اليد والرجل قد سرق فأمر أن يقطع رجله فقال على رضي الله عنه قال الله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية فقد قطعت يده ورجله فلا ينبغي أن تقطع رجله فندعه ليس له فائمة تحشى عليها ما أن تغزروا وما أن تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقي في سننه وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال على رضي الله عنه وموافقة عمر له قال المصنف (ولانه اهلاك معنى) هو من قول على رضي الله عنه فتلته اذا (والحدزاجر) لانه لا (ولانه نادر الوجود) أي يندر أن يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله (والحد) لا يشرع الا (في ما يغلب) على ما مر غير مرة (بخلاف القصاص) يعني لو قطع رجل يدي رجل قطع يده أو أربعته قطعت أربعته (لانه حق العبد فيستوفى ما يمكن جبر الحق) لا يقال اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب لاننا نقول لما وجب حل المطلق منه على المقيد فلا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة والامر المقرون بالوصف وان تكرر بتكرار ذلك الوصف لكن انما يكون حيث أمكن واذا اتسقت ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد اتسقت حملتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الآية السارق والسارقة مرفوعة واحدة فافعلوا أيديهم ما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والاجماع واتسقت ما رواه ذلك لقيام الدليل على العدم (قوله وان كان السارق أشل اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى أو كانت رجله اليمنى شلاء) لا يقطع لان في القطار والحالة هذه (تفويت جنس المنفعة بطاشا) فيما اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشيولة (أو مشيا) اذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة اهلاك حتى وجب تمام اليد بقطع اليدين والرجلين وهذا لان المشي لا يتأتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة (وكذا) لا يقطع عين السارق (اذا كانت ايهام يده اليسرى) أو رجله اليسرى (مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان) من واحدة منهما (سوى الابهام) لان فواتهما يقوم مقام فوات الابهام في نقصان البطش بخلاف فوات اصبع واحد فغير الابهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل ان السائل وقطع الابهام والاصابع لو كان في اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت فكيف اذا كانت ناقصة وانما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الابهام

لباغهم ولو باغهم لاحتمال ان قيل ليس أن اليسرى محل بظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب قلنا لما قيدنا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليد اليسرى عن أن تكون مرادة كمن قال لا سخر أعني عبدا من عبيدي ثم قال عني به سالما لان الامر بالفعل لا يقع في التكرار ولان السارق اسم فاعل في بدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الادنى اذ كل السرقات لم ترد اجاعا وبفعل واحد لا تقطع الايدى واحدة وقد تعينت اليمنى اجاعا فخرجت اليسرى عن الارادة (قوله والحديث طعن فيه الطحاوي) فقال تبغنا هذه الاية نألف لم نجد شئ منها أصلا أشار بها الى ما رواه الشافعي رحمه الله من الاحاديث في تصحيح دعواه هذه أو يحتمل على السياسة أو على الانتساخ لانه يحتمل أنه كان هذا في الابتداء فقد كان في الحدود تغليظ في ابتداء الأثرى أنه قطع الايدي والارجل من العرنيين وسمل أعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحد كذا في

(وقوله بخلاف القصاص) جواب سؤال تقديره لو قطع رجل أو بعة أطراف اقتص منه بالاجماع وجميع ما ذكر من من المخطوران هناك موجود لانه لا يبقى له يد يأكل بها ويستحي بها ورجل يمشي عليها وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود وتقرر بالجواب أن القصاص حق العباد وحق العبد راعى فيه المماثلة بالنص (والحديث) الذي رواه الشافعي دليل على دعواه هذه (طعن فيه الطحاوي) قال تبغنا هذه الاية فلم نجد شئ منها أصلا أشار بها الى ما رواه الشافعي وقال أبو نصر البغدادي قال الطحاوي انه حديث لأصله لان كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له أصلا (أو نجمله على السياسة) بدليل ما ورد في ذلك الحديث من الامر بالقتل في المرة الخامسة وقوله (لان فيه تفويت جنس المنفعة بطاشا) يعني ان كانت يده اليسرى مرفوعة (أو مشيا) ان كانت رجله اليمنى كذلك وباقى كلامه ظاهر

قال (واذا قال الحاكم للعدد اقطع عين هذا السارق) الحد هو الذي يقيم الحد فعال منه (١٥٧) كالجلا من الجلا ونما فيه بقوله عين

هذا لانه اذا قال اقطع يده  
مطلقا فقطع الحد اديه  
اليسرى فلا ضمان عليه  
بالاتفاق لانه فعل ما امر به  
فانه امره بقطع اليد اليسرى  
بدفلا ضمان عليه ولم يذكر  
حكم ما اذا قطع اليمين بعد  
القضاء قبل ان يقول له اقطع

وقال في المبسوط لا شيء عليه  
لان قيمة اليد قد سقطت  
بقضاء الامام عليه بالقطع  
فالقاطع استوفى بدل القيمة لها  
فلم يكن ضمانا لكن اذ به  
الامام لانه اساء الادب حين  
قطعه قبل ان يامر الامام به  
وكلامه واضح وقوله (بغير  
حق) دليله ان الحق في  
اليمين في السرقة وهو ايضا  
لم يقطع يسارا اذ يكون حق  
القطع اليسار قصاصا (ولا  
تأويل) حيث لم يخطئ لان  
الكلام فيما اذا تعمد في  
قطع اليسار (فلا يعني) كما  
لو قطع وجهه او نفعه (وان  
كان في المجتهدات) لان المجتهد  
لا يعذر فيما اذا اخطأ اذا  
كان الدليل ظاهرا كالحكم  
بجمل متروك التعمية عامدا  
(وكان ينبغي ان يجب  
القصص الا انه امتنع للشبهة)  
وهي قوله تعالى فاقطعوا  
أيديهم فان ظاهرا واجب  
تناول اليدين جميعا قصاص  
شبهة في حق القصص اذ  
القصص لا يثبت بالشبهة  
بخلاف ضمان المال وقوله  
(ولا يحنيفة) تقريره

قال (واذا قال الحاكم للعدد اقطع عين هذا في سرقة سرقة اقطع يساره) اذ اخطأ فلا شيء عليه عند أبي حنيفة  
رحم الله تعالى وقال لا شيء عليه في الخطا ويضمن في العمد وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطا ايضا وهو القياس  
والمراد بالخطا هو الخطا في الاجتهاد أما الخطا في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عقوا قبل يجعل عذرا أيضا  
أنه قطع يده معصومة والخطا في حق العباد غير موضوع في ضمانه قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص  
نعين اليمين والخطا في الاجتهاد موضوع وهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد الظلم فلا  
يعني وان كان في المجتهدات وكان ينبغي انه يجب القصص الا انه امتنع للشبهة ولا يحنيفة رحمه الله انه اختلف  
وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع

المحل بالبطش فوات ثلاث أصابع وهنا جعله أصبعين لان الحد يحتمل في درته (قوله) واذا قال الحاكم للعدد  
أي الذي يقيم الحد فعال منه كالجلا من الجلا (اقطع عين هذا في سرقة سرقة اقطع يساره) اذ اخطأ  
فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رحمه الله (ولكن يؤدب به) قال أحمد (وقال لا شيء عليه في الخطا ويضمن في العمد)  
أرش اليسار (وعند زفر يضمن في الخطا أيضا) بخلاف ما قاله اقطع يده هذا فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق  
وعند مالك والشافعي يقتصر في العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في  
انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لغوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق لو كان أثلغه  
لان سقوط الضمان باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد كذا القطع يده اليسرى يقتصر له ويسقط  
عنه قطع اليمين لما عرف (قوله والمراد) أي المراد (بالخطا) الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر (الخطا في  
الاجتهاد) ومعنا ان يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع عينه عن اجتهاد في أن قطعها يجوز عن قطع  
السرقة نظر الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهم أما الخطا في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل  
عقوا لانه بعيد عنهم فيه مدعيه وعلى هذا فالقطع في الموضوعين عدوا ونما يكون معنى العمد حينئذ ان تعمد  
القطع اليسار عن اجتهاد في اجزائها (وقيل) الخطا في اليمين والشمال (يجعل عقوا أيضا لفرانه قطع يده  
معصومة والخطا في حق العباد غير موضوع في ضمانه ولنا انه) انما اخطأ في اجتهاده وخطا المجتهد موضوع  
بالاجماع وهذا موضع اجتهاد لان ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار (ولهما) في العمد (انه) بان حيث  
(قطع يده معصومة بلا تأويل تعمد الظلم فلا يعني) وان كان في المجتهدات لانه هو لم يفعل عن اجتهاد (وكان  
ينبغي ان يجب العقود الا انه سقط للشبهة) الناشئة من اطلاق النص (ولا يحنيفة رضي الله عنه) (وان  
أثلف) بلا حق ظلم الكنة (أخلف من جنسه ما هو خير له) وهي اليمين فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير  
لان قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيئا ونما قلنا انه أخلف لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة  
فأخلفها الى خلف استمرارها وبقيتها بخلاف ما لو قطع رجله اليمين لانه وان امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه

المبسوط الحد الذي يقيم الحد فعال منه كالجلا من الجلا كذا في المغرب (قوله) واذا قال الحاكم للعدد  
اقطع عين هذا) انما قيد بقوله عين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحد اديه اليسرى فلا ضمان عليه  
بالاتفاق لانه امره بقطع اليد اليسرى بدفلا ضمان عليه كذا في شرح الطحاوي رحمه الله (قوله والمراد  
بالخطا هو الخطا في الاجتهاد) أي اجتهاد في جواز قطع اليسار نظرا الى اطلاق النص أما الخطا في معرفة  
اليمين واليسار فلا يجعل عقوا لان الجهل في موضع اشتهار ليس بعذر وهذا موضع اشتهار لان كل واحد  
يعين بين اليمين واليسار (قوله والخطا في الاجتهاد موضوع) بدليل قوله تعالى ما قطعتم من لينة أو تركتموها  
قائمة على أصولها فبإذن الله أثبت الاذن فيهما مع أن الحق عند الله أحدهما (قوله وان كان في المجتهدات)  
أي وان كان للاجتهاد فيه مجال تمسكا باطلاق النص وظاهرا اذ ليس فيه ذكر اليمين لان المجتهد لا يعذر في عد  
الظلم كالمقاضي اذا تعمد الجور في سادته (قوله ولا يحنيفة رحمه الله) أثلف وأخلف) فان قيل البني لم

القول بالواجب ما انما قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل ولكنه أخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا

(قوله) وجب تناول اليدين جميعا (الح) أنزل يعني على سبيل البدل كما في قوله تعالى فاقطعوا أيديهم وأيديكم



الذي قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد بن زهير البجلي الحداد بطل بطريق الاجتهاد (لا يضمن) السارق المال للوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حد الاجتهاد قال (ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه) اختلف العلماء في اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة القطع فقال ابن أبي ليلى لا حاجة الى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة بحسبة كالزنا لان المسحق بكل واحد منهما ما ليس بحق الله تعالى وقال الشافعي ان أقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى ذلك وان ثبت بالبينة (١٥٩) فلا بد من ذلك لان الشهادة تنبئ على الدعوى في الحال فمال يحضر هو أو نائبه لا تقبل شهادته وان غاب بعد ذلك لا يتعذر استيفاء القطع وعندها حضوره شرط في الاقرار والشهادة جميعا عند الاداء

وعندها القطع لان الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بالملك بعد الشهادة وبه تنفي السرقة وكل ما هو شرط الشيء لا يتحقق بدونه فكان القطع قبل حضوره استيفاء الحد مع قيام الشبهة وهو لا يجوز وكلاهما في الكتاب واضح خلافا فيه فوهم التكرار لان معنى قوله لان الجنابة على مال الغير لا تظهر الا بخصومة هو معنى قوله لان الخصومة شرط لظهورها أي لظهور السرقة وهي الجنابة ويمكن أن يدفع بان الاول تحليل لا اشتراط الحضور والثاني لعدم التفرقة بين الاقرار والشهادة وان كانا بمعنى واحد ومعنى قوله لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قد تقدم (قوله وصاحب الربا) قبل صورته رجل باع عشرة دراهم

ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار لان الجنابة على مال الغير لا تظهر الا بخصومة وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود (وللمستودع والغاصب وصاحب الربا) لا يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة أن يقطعه أيضا وكذا المغصوب منه) وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظه سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء

منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي وأحد وقال مالك وأبو ثور لا تشترط المطالبة للعموم الا في حد الزنا وقوله (ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار) هو خلاف الاصح عنده والاصح عنده ان الاقرار كالبينة يعني اذا أقر عند الحاكم اني سرق مال فلان نصا بان حوز لا شبهة فيه فانه لا يقطعه حتى يحضر فلان يدعي وما ذكره عن الشافعي رواية عن أبي يوسف لان خصومة العبد ليس الا لظهور سبب القطع الذي هو حق الله تعالى وبالاقرار يظهر السبب فلا حاجة الى حضوره والجواب أنه لم يظهر تصديق المقر في المقر به فهو للمقر ظاهرا ولهذا لو أقر غائب ثم لحضر جاز ولا شبهة بالباحة باباحة المالك للمسلمين أو لاطاعة السارق منهم ثابتة وكذا شبهة وجوده في دخوله في بيته فاعتبرت المطالبة دفعه لهذه الشبهة بخلاف الزنا فانه لا يباح باباحة بوجوه من الوجوه فلم يتمكن فيه هذه الشبهة والحق أن احتمال اباحة المالك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سينفيها المصنف وسيضع ذلك المفعول عليه ما ذكرنا من أن ملك المقر قائم مالم يصدق المقر له (قوله وكذا اذا غاب) المسروق منه (عند القطع) لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي وأحد خلافا للمالك (لان الامضاء من القضاء في الحدود وعلى ما مر وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي لكن علمت أن الاصح أنه كقولنا ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال (وللمستودع) بفتح الدال (والغاصب وصاحب الربا) أن يقطعوا السارق منهم) أي اذا سرق الوديعة أو المال المغصوب أو ما صاحب الربا فكل مشتري عشرة بخمسة اذا قبض العشرة فسرقة سارق قطع بخصومته لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب اذا لم يشتري شراء فاسدا في يد المشتري كالمغصوب (ولرب الوديعة أن) يخاصمه ويقطعه أيضا) كالمودع (وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظه) كمتولي الوقف والاب والوصي يقطع السارق ما في أيديهم من مال الوقف والبيتيم بخصومتهم (ويقطع أيضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك)

المستودع والمستعير (قوله ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا) أي يشترط حضور المسروق منه ومطالبة بالسرقة في الشهادة والاقرار خلافا لابن أبي ليلى فيهما لان القطع خالص حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليها بحسبة كالزنا وللشافعي رحمه الله في الاقرار لان الشهادة تنبئ على الدعوى في المال بخلاف الاقرار (قوله وصاحب الربا) قال في المحيط يحتمل أنه أراد درجلا باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبض العشر من وجاء سارق وسرق العشر من منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب (قوله وكل من له يد حافظه) كمتولي الوقف والاب والوصي

بعشرين درهما وقبضه فسرقة منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ولم يذكر العاقل الا خرم عاقدى الربا فكله بالنسليم لم يبق له ملك ولا بد فلا يكون له ولاية لخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق (قوله وكل من له يد حافظه) يريد متوليه الوقف والاب والوصي ولو سرق سارق من أحد هؤلاء وخاصة المالك قطع وان لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك

أقول فيه بحث فان الظاهر خلاف ذلك (قوله قلنا في طريق أبي يوسف ومحمد) أقول وجه التخصيص غير ظاهر فان ذلك في طرف أبي حنيفة أيضا (قوله ومعنى قوله الى قوله قد تقدم) أقول في باب الشهادة على الشهادة

(قوله الآن الراهن) استثناء مقتطع وقد اختلف في نفع الهداية فيه وفي بعضها الآن الراهن انما يقطع بخصوصه حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستوى به الشارحون نقلا وعقلا أمانة فلا توافق له ولاية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن (١٦٠) فالمرتهن ان يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لانه لا سبيل له على أخذ الرهن قال وان

قضى الراهن الدين فله أن يقطعه لان له أن يأخذه وكذا في الايضاح وأما عقلا فلان السارق انما تقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ذلك قبل قضاء الدين والمراد بالراهن المرهون والضامن في (بدونه) راجع الى قضاء الدين وعلى النسخة الاولى الى قيام الرهن فكان شرط يجوز القطع بخصوصه الراهن أمرين قيام المرهون حتى لو هلك لا سبيل للراهن عليه لبطلان دينه وقضاء الدين لحصول ولاية الاسترداد حينئذ وفرو الشافعي اتفقا في الحكم واختلفا في تخريج المناط (فالشافعي بناء على أصله أن لا خصوصية لهؤلاء المذكورين في الاسترداد عنده) اذا جحد من يده المال لم يحضر المال واذا لم يكن لهم ولاية الاسترداد لا يلتفت الى خصوصتهم (وكرر يقول ولاية الخصومة في الاسترداد ضرورة الحفظ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها) فلا تظهر في حق القطع لان فيه) أي في ظهورها في حق القطع (تفريث العيانة) لان المال مضمون على السارق فلا يستوى القطع سقوط الضمان

الآن الراهن انما يقطع بخصوصه حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي بناء على أصله أن لا خصوصية لهؤلاء في الاسترداد عنده وكرر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه تغيوت الصيانة ولذا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصوصية معتبرة مطالعا اذا اعتبار الحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة ما جباها حقه

بما في أيديهم (الآن الراهن انما يقطع بخصوصه حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده) والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله (لانه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه) أي بدون قضاء الدين فليس له أن يخصم في ردها وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال كن في نسخة المصنف بعد القضاء وقيل يمكن أن يكون هذا جواب القياس يعني أن المالك أن يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون أدنى حال منسه وقد بقوله حال قيام الرهن لانه اذا كان مستهلكا لا يقطع بالخصوصية المرتهن لان الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في المطالبة بالعين لان نفسه ولا الحفظ وفي غاية البيان وينبغي أن يكون للراهن ولاية بالقطع اذا كانت قيمة الرهن أو يدين الدين بقدر عشرة لان الزائد أمانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصوصه (قوله فالشافعي رحمه الله بناء) أي بني عدم القطع بخصوصية هؤلاء (على أصله وهو أن لا خصوصية لهم في الاسترداد) عند جحد من يده المال المودع كئنا غير المودع الا أن يحضر المال لأنهم لا يملك كون الخصومة في الدعوى عليهم لابقاء الدين فلا يملك كرها لا عادة البد أولى قبل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول مالك وزيد المستعير أيضا (وكرر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه) أي في القطع (تقويت الصيانة) لسقوط الضمان به فيغوث الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض اذ تصير خصوصية لاثبات الحفظ سيما النفي (ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصوصية معتبرة مطالعا) وهذه النكتة هي مبنى الخلاف أعني كون خصوصية معتبرة فائتبا بقوله (اذا الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد) والاحسن أن يقال لهم ولاية الحفظ وهو بالبدف كان

(قوله الآن الراهن انما يقطع بخصوصه) الاصح من النسخ قوله الآن الراهن انما يقطع بخصوصه حال قيام الرهن بعد قضاء الدين أي حال قيام المرهون في بد السارق ذكر في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فالمرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لانه لا سبيل له على أخذ الرهن وان قضى الراهن الدين فله أن يقطعه لان له أن يأخذه (قوله لانه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه) أي بدون قضاء الدين هذا على أصح النسخ وفي بعض النسخ حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده لانه لاحق له في المطالبة بالعين بدونه أي بدون قيام الرهن لان بالهلاك صار قاضيا عنه فلم يبق له حق فيه وهذه الرواية ليست بصحجة لان السارق انما يقطع يده بخصوصية من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ولاية الاسترداد قبل قضاء الدين والشافعي رحمه الله بناء على أصله اذا خصوصية لهؤلاء عنده في الاسترداد لان المطالبون منهم الحفظ دون الخصومة ألا ترى أنهم لا يملك كون الخصومة في الدعوى عليهم ابقاء الدين فلا يملك كون الخصومة في الدعوى عليهم اعادة الدين أولى وكرر رحمه الله يقول كان لهم ولاية الخصومة ضرورة استرداد المال للحفظ فيظهر في حق الاسترداد ولا يظهر في حق القطع ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصوصية معتبرة مطالعا (قوله مطلقا) رد لقول زفر رحمه الله أن ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ لأنهم

فيكون فيه تضيق لصيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وهذا ظاهر (و) السرقة (قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصوصية معتبرة مطلقا) أي غير ضرورة فالواجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع وانما قال ان الخصومة غير ضرورية (لان الاعتبار لحاجتهم الى استرداد الدين) وهم في ذلك

المالك لان اعتبار خصومة

كالمالك الحاجة الى اظهار  
السرقه لاعادة البند على  
المحل تخصيصا للاغراض  
المتعلقة بالسيد وهذا المعنى  
موجود في هؤلاء أما المستأجر  
والمستعير فلا احتياجهما  
الى الانتفاع بالمحل وأما  
المرتفعين والمودع فالرد الى  
المالك تخليصا للخدمة عن  
عهدة الضمان والزام  
الحفظ واذا ثبت أن الخصومة  
مطلقة اندفع ما قال زفرانها  
ضرورة الحفظ فلا تظهر  
في حق القطع وقوله  
(والمقصود من الخصومة)  
أى مقصود صاحب اليد  
(احياء حق المالك  
وسقوط الضمان بسقوط  
(العصمة) من ضرورة  
القطع فكان ضمينا والضمين  
غير معتبر وهذا جواب  
عن قول زفران فيه تقويت  
الصيانة وقوله (ولاعتبر  
بشبهة موهومة الاعتراض)  
جواب سؤال مقدر تقديره  
أن يقال ينبغي أن لا يقطع  
السارق بدون حضرة المالك  
كما في مسئلة قبيل هذا  
لاحتمال أنه لو حضر أقر  
للسارق بالمسروق وتوجبه  
الجواب هذه شبهة موهومة  
الاعتراض فلا تعتبر (كما  
إذا حضر المالك وغاب  
المؤمن) فان فيه شبهة  
موهومة أيضا وهو ان  
يحضر المؤمن ويقول انه  
كان ضيقا عندى في الوقت  
الذى سرق ذلك ومع ذلك لم

وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما إذا حضر المالك وغاب المؤمن

استعدادتها حقها لهم كما أن ذلك كالمالك بل المالك في الحقيقة يتم رد الاليد وهذا لان ذاليدان كان أمينا لا يقدر على أداء الأمانة الا ان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومة في حق لهم ثم ظهر به السرقه فيجبهم القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق منى وقصده احياء حق المالك وحق نفسه بخلاف خصومته في القصاص لا تعتبر فلا يقتضى بخصومته لانه ليس فيه حقه في اعادة يده وأورد أن في صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو احدى المجتنبين وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقه لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعى مع ظهور السرقه بحجة شرعية فيهما وما ذاك الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود في هذه الصورة مع أنه يقطع أجيب بان المستعير ومن ذكره أعجاب به بحجة وبيانا أن لهم حق الاسترداد لخصومة كل منهم باعتباره حقه بخلاف الوكيل ألا ترى أنه لا يستغنى عن اضافة الخصومة الى غيره وفي فصل الاقرار شبهة زائدة هي جواز أن يرده المالك اقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الخدم مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم أجاب عن قول زفر بقوله (وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء) حقا لله وان لم يغير مقصود ولا دائم لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع أنه مهمل في اعتبار الشرع بدليل الاجماع على أن يقطع بخصومة الاب والوصى بسرقه مال اليتيم وان لم يسه سقوط الضمان فكان تعليقه لذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله (ولاعتبر بشبهة موهومة) جواب عن مقدره هو أن يقال احتمال اقرار المالك له أى اعترافه بانها له واذنه اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعترافها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابت توهمها في الحال لا على تقدير منتفى في الحال ألا ترى أن القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفي أو أذنت في الدخول في بيتي ولا يخفى أن لافرق بين هذه الشبهة والشبهة التي ذكرها بعضهم في اشتراط حضور المسروق من الخصومة من احتمال اباحة المالك للمسروق للمسلمين ونحوه فانه جاز أنه اذا حضر قال كنت أبحثه للمسلمين ولطائفة السارق منهم كما جاز أن يقر به سرا إذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر كذلك تلك وان اعتبر ذلك بسبب قيام احتمالها في نفس الامر لا على تقدير حضوره المنتفى في الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان أذنت له

انما على كون الخصومة بحكم النيابة فيما فيه صيانة المال لا فيما فيه تقويت الصيانة ولو أظهرنا ولاية الخصومة في حق استيفاء القطع لا يظهرنا فيما فيه سقوط الصيانة لانه يسقط عصمة المال عندنا ضرورة استيفاء القطع قلنا لخصومتهم واقعة لا لنفسهم لان كل واحد منهم يخاصم باعتباره حقه لا باعتبار ملك الغير لان لهم ولاية الحفظ وهذا لا يتأتى الا باعادة اليد ولان اليد مقصودة كالمالك وقد أثبتنا فاهم حق الاعادة لان صاحب اليدان كان أمينا فلا يمكن من أداء الأمانة الا بسده وان كان ضمينا فلا يمكن من اسقاط الضمان من نفسه الا يده فكانت الخصومة له لا غيره ومن هذا خرج الجواب عن اشكال بوردهنا وهو أن الوكيل بالخصومة في السرقه اذا أقام البينة بالسرقه عند القاضي لا يقطع وان ظهرت السرقه عند القاضي بحجة شرعية بخصومة من هو قائم مقام المالك و يقطع بخصومة هؤلاء كما ذكرنا كل واحد من هؤلاء يخاصم لامعا ليد الثابتة له ألا ترى أنه يستغنى عن اضافة الخصومة فان قيل القطع عقوبة تسقط بالشبهة فلا تثبت بخصومة المودع كالعقاص قلنا القطع واجب حقا لله تعالى اجماعا وانما شرطت الخصومة لبيان أن المال ليس للسارق ولكن غيره ونحو المودع ملك هذه الخصومة لما بينا في قطع لثبوت شرط بخلاف القصاص لانه حق العبد والمودع قام مقام المودع لبعده يده التي كانت حقا لله في الوديعة وليس في استيفاء القود اعادة اليد على الوديعة بل تصرف آخر وهو الاتلاف فلم يثبت

اشترط حضور المؤمن بل يقطع بخصومة

( ٢١ - فتح القدير والكفاية ) - خامس )



المالك (في ظاهر الرواية) وقد بظاهر الرواية احترازاً عن رواية ابن سماعة عن محمد أن المالك ليس له أن يقطع مال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وإنما سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا أقر السارق بالسرقة في غيبة المالك حيث لا يقطع مال محض مع أن العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي الاقرار بوجوده وشبهة (١٦٢) الاذن بالدخول في الخزانة والاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع أجيب بان

فانه يقطع بخصوصية في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الخزانة (وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لب السرقة أن يقطع السارق الثاني) لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلال فلم تنعقد موجبة في نفسها والاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لاحتجها اذ الرد واجب عليه (ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الاول أو بعد ما درى الحد شبهة يقطع بخصوصية الاول) لان سقوط التقويم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع) الى الحالك (لم يقطع) وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما اذارده بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة لان البيعة انما جعلت حجة

الفرق من حيث ان مانحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشهادة في دفع العلة عن مقتضاها لقولها بخلاف صورة الاقرار فان لم تكن كذلك قال (وان قطع سارق بسرقة) المسروق اذا سرق من السارق فاما أن يكون قبل ان قطع يده أو بعده فان كان الثاني لم يكن له أي للسارق ولا للمالك أن يقطع يد السارق الثاني أما السارق فلو جهين أحدهما (أن المال غير متقوم في حقه حتى لا يجب الضمان بالهلال فلم تنعقد موجبة في نفسها) والثاني أن يده لم يبق من الايدي التي ذكرناها من ملك وضمنان ووديعة وخصومة من هذه صفتها لا تعتبر في القطع وأما المالك فلو وجه الاول وقوله (والاول) أي السارق الاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لاحتجها اذ الرد واجب عليه) وليس له ذلك في رواية أخرى لان يده ليست بصحة لكون اليد الصفة

أو أنه مقر له به قائم في الحال وقوله (في ظاهر الرواية) احترازاً عما روي ابن سماعة عن محمد أنه قال ليس للمالك أن يقطع حال غيبة المستودع (قوله وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لب السرقة أن يقطع السارق الثاني) وبه قال أحمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول يقطع بخصوصية المالك لانه سرق نصاً بما من خزانة شبهة فيه فيقطع بخصوصية مال كسواء قطع السارق الاول ولاولنا أن المال لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقويم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له قيد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد أمانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى في نوادر هشام عن محمد بن قطعت الاول لم أقطع الثاني وان درأت القطع عن الاول لشبهة قطعت الثاني ومثله في الاملاء لابي يوسف وأطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق وهو قول أحمد لان يده ليست يد أمانة ولا يد ملك فكان ضائعاً لا يقطع في أخذ مال ضائع قلنا بقي أن يكون يد غضب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور (والاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لاحتجها اذ الرد واجب عليه) وفي رواية أخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك والرد منه ليس باولى منه الى المالك والوجه أنه اذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرد الى الاول ولا الى الثاني اذ ارده لظهور خيانه كل منهما بل يرد من يد الثاني الى المالك ان كان حاضراً والاحتفظ كما يحفظ أموال الغيب (قوله ولو سرق الثاني قبل أن يقطع الاول أو بعد ما درى عنه القطع بشبهة يقطع بخصوصية الاول لان سقوط التقويم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (قوله) ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحالك لم يقطع وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما اذارده بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة) التي هي الموجب للقطع فكانت شرطاً في القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد لانها أعني الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة البيعة وهي (انما جعلت حجة

(قوله فانه يقطع بخصوصية في ظاهر الرواية) وانما قيد بظاهر الرواية احترازاً عن رواية ابن سماعة عن محمد بن سماعة الله فانه قال ليس للمالك ان يقطع حال غيبة المودع هكذا ذكر في المتن لان السارق لم يسرق من المالك وإنما سرق من الذي كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره (قوله وان كانت شبهة الاذن في دخول الخزانة) كما لو حضر المودع وقال انه كان ضيقاً عندي وهذا لا يؤثر شبهة يتوهم وجودها في الحال وأما ما يتوهم اعتراضه الاية بآل ترى أن القطع يستوفى بالاقرار وان كان يتوهم اعتراض الرجوع

عبارة عن أن تكون يده لك أو ضماناً أو أمانة ولم يوجد ذلك وان كان الاول يقطع بخصوصية الاول لان سقوط التقويم كان ضرورة لضرورة القطع وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان لذلك وقد اتفقت في ذلك فصار كالغاصب والرد به الشبهة لعدم القطع ههنا وهذا قرن المصنف بينهما (ومن سرق سرقة فردها على المالك) فاما أن يرد (قبل الارتفاع الى الحالك) أو بعده فان كان الاول لم يقطع في ظاهر الرواية

(قوله أجيب بان الفرق من حيث ان مانحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة) أقول قد مر في ظاهر هذه الصيغة أن الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال الرد الاقرار والاقرار به بالملك بعد أداء الشهادة فتأمل هل يندفع ذلك الاحتمال ان دون أن يحرم المالك



(وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتباراً بما إذا رده بعد المرافعة) بجماع أن القطع حق الله فلا يحتاج فيه إلى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء (وجه ظاهر الرواية أن الخصومة شرط لظهور السرقة لأن البينة إنما جعلت بحجة ضرورية قطع المنازعة) يعني أن السرقة تظهر بالبينة والبينة بحجة ضرورية قطع الخصومة وبدونها غير متصور فثبت أن الخصومة شرط لظهور السرقة (والخصومة قد انقطعت) بالرد إلى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع وإذا انقطع شرط ظهور ردها انقطع ظهور ردها ولا قطع بدون ظهور ردها وإن كان الثاني قطع لأن الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال إلى المالك والشئ يتقرر بانتهائه لأنه يبطل كالنكاح ينقر بالموت لأنه يبطل كالتبني أعني الخصومة تجعل باقية تقدير الاستيفاء القطع والرد إلى ابن المسروق (١٦٣) منه وإلى أخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا إلى امرأته وأخيه

مشاهرة أو عبده وكذلك الرد إلى أبيه أو أمه أو جده سواء كانوا في عياله أو لم يكونوا كالرد إلى نفسه استحسننا وإذا قضى على رجل بالقطع (وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهمه المالك) وسلمه إياه (أو باعه إياه يقطع) وإنما فسر المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه إذا سلمت لأن الهبة إذا لم تصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك (وقال زفر) والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف قالوا إن السرقة قد تمت انعقاداً باخذ المال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه إذ وضع المسئلة في ذلك (وظهوراً) لأن الفرض أنه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك إلا بعد ظهورها (وهذا العارض) يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة أو البيع (لم يتبين قيام الملك وقت السرقة) لأن ثبوت الملك بهما إنما يكون على وجه الاقتصاد

ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لأن انتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقدير الراد إذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهمته لم يقطع (معناه إذا سلمت إليه) وكذلك إذا باعها المالك إياه (وقال زفر) والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة قد تمت انعقاداً وظهوراً وهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا أن المضاء من القضاء في هذا الباب

القطع المنازعة وقد انقطعت (بالمنازعة بالرد) بخلاف ما بعد المرافعة (أي بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة) وبجماع البينة والقضاء فإنه يقطع وإذا بعد سماعها قبل القضاء استحسننا أن يظهر السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة وإذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وحصول المقصود من الشئ ينتهي بالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بحسب رده ولا فرق في عدم القطع بين أن يرد قبل الخصومة إلى يد المالك أو يد أبيه أو أمه أو جده أو جدته وإن لم يكونوا في عياله ولذا يبرأ المستعير والمودع بالرد إليهم لأن لهم شبهة ملك في ماله فالرد إليهم رد إليه حكماً وكذلك كاف في الرد إليه بخلاف ما لو رد إلى ابنه وذوي رحمه المحرمة كخيه وعمه وخاله إن كانوا في عياله يبرأ فلا يقطع كلورده إلى زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجيره مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه أو مسانحة يبرأ في هؤلاء كلهم فلا يقطع ولو سرق من المكاتب ورده إلى سيده أو من العيال ورده إلى من يعولهم أي سرق من شخص ورده إلى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع رد المودع إلى من يعول المودع وأما الغاصب فلا يبرأ بالرد إلى الأب والأم ولا إلى ولده وأقاربه المحرمة الذين في عياله ولا إلى الزوجة ومن ذكرنا معها (قوله) وإذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهمته المالك) وسماها إليه أو باعها منه (لا يقطع وقال زفر والشافعي) وأحد ومالك (يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة قد تمت انعقاداً) بفعلها بلا شبهة (وظهوراً) عند الخاكيم قضى عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة إلا لو صرح اعتبار عارض الملك المتأخر متقدماً لثبوت اعتباره (وقت السرقة) ولا موجب لذلك فلا يصح (فلا شبهة) فيقطع وبما ينفي صحة ذلك الاعتبار ما في حديث صفوان أنه قال يا رسول الله لم أرد هذا حتى علمت عليه صدقة فقال عليه الصلاة والسلام هذا قبل أن تأتي به رواه أبو داود وابن ماجه زاد النسائي في روايته فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو أقره بالسرقة بعد القضاء فإنه لا يقطع لأن بالإقرار يظهر الملك السابق فينتفي القطع (قوله) ولنا أن المضاء يعني استيفاء الحد بالفعل (من القضاء في باب الحدود) فيقبل الاستيفاء قبل القضاء ولو لم يكن قبل القضاء لا يقطع فكذلك قبل الاستيفاء والشان في بيان أن الاستيفاء من القضاء وهو القضاء في هذا الباب (٢) وقدينا في حد الزنا الآن المصنف لما (قوله) لأن الخصومة شرط لظهور السرقة أي بالبينة (قوله) لانتهاء الخصومة بحصول مقصودها المقصود

على وقت ثبوت الهبة والبيع وهذا الحد إذا أقر به المسروق ومنه للسارق فإن الإقرار يظهر ما كان ثابتاً للعقود من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة (ولنا أن المضاء من القضاء) يعني أن استيفاء الحد من تامة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرحم أو بالحد (في هذا الباب) يعني باب الحدود

قال المصنف (انما جعلت بحجة ضرورية قطع المنازعة) أقول فإن قيل إن أراد أنها جعلت بحجة لتلك الضرورة في حقوق العباد مسلم ولا يفيد لأن القطع من حقوق الله وإن أريد في جميع الحقوق فغير مسلم وهو ظاهر قلنا المراد هو الأول لكن ثبوت حق الله هنا يكون في ضمن حق العبد في المسروق ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق صرح به الزيلعي فتأمل

(لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) يعني أن القضاء في هذا الباب لا يعني غناه أي لا يفيد فائدته إلا بالاستيفاء (لأن القضاء لا يظهر) ولا اظهرها هنا (لأن القاطع حق الله وهو ظاهر عنده) فلم يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب امرى عن الغادة بالكلية وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد اظهرها الحق للطالب على المطالب فلا حاجة الى جعل الامضاء من ثمة القضاء وهذا فقه تغويز استيفاء الحدود الى الأئمة دون سائر الحقوق (١٦٤) (وإذا كان كذلك) أي إذا كان الامضاء من القضاء (يشترط قيام الخصومة

لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء إذا القضاء لا يظهر والقاطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما إذا ملكها منه قبل القضاء قال (وكذا إذا انقضت قيمتها من النصاب) يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين

كان هذا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله (لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) حتى لو لم يقض بعد تعدل البينة باللفظ بل أمر بالاستيفاء واستوفى هو والحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لأن المقصود من القضاء باللفظ ليس الاظهار الحق للمستحق والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مقتصر الى الاظهار فلا حاجة الى القضاء انقطاعا ولا يفيد سقوط الواجب عنه الاستيفاء (وإذا كان كذلك) والخصومة شرط (يشترط قيامها عند الاستيفاء) كعند القضاء وهي منتظمة بالهبة بخلاف رد المال المسروق بعد القضاء بالقطع لأن به تنهى الخصومة والشئ بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع وأما الحديث ففي رواية كذا كرو في رواية الحاكم في المستدرک قال أنا سمعته وأسمه ثمه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت أريد هذا وقوله أقطع رجل من العرب في ثلاثين درهما لم يثبت أنه سلم اليه في الهبة ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع اليه وفي ذلك لا يكون ملكه قبل القبض (قوله وكذلك إذا نقصت قيمتها) أي قيمة السرقة أي العين المسروقة بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب (وعن محمد يقطع وهو قول زفر) وباقى الأئمة الثلاثة (اعتبارا بالنقصان في العين) فانه إذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوى عشرة يقطع

من الخصومة استرداد المال وظهور حق الله تعالى عند القاضي وقد حصل حيث أقام البينة عند القاضي فيكون منتها والشئ بانتهائه يتقرر والرد قبل المرافعة قاطع للخصومة لانه لا يبق له لا قضاء الا بعد ثبوت السرقة ولا ثبوت الا بالشهادة لعدم الاقرار ولا شهادة بلا دعوى ولا دعوى بعد ما وصل المسروق الى المسروق منه وانما يدعى القاطع وهو اجنبى عنه ولا قطع بدعوى الاجنبى فكذا بدعوى ولورده على ولده أو ذى رحمه ان لم يكن في عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع الى هو لا عوان كان في عياله لا يقطع لأن يضمن في عياله كيد حكا ولهذا لا يضمن المستعير والمودع بالدفع اليه ولو كيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله يبرأ المديون بقبضه وكذا لو رد على امرأته أو عبده أو أجيرته مشاهرة أو مسانحة ولو دفع الى والده أو جده أو والدته أو جدته وليسوا في عياله لا يقطع ان هؤلاء شبهة الملك بالنص فثبتت شبهة الرد وشبهة الرد كالدفع الى عيال هؤلاء يقطع لانه شبهة الشبهة ولو دفع الى مكاتبه لا يقطع لانه عبده ولو سرق من مكاتبه ورد على سيده لا يقطع لأن مال المكاتب للمولى رتبة ومن سرق من العيال ورد الى من يعولهم لا يقطع لأن يده عليهم فوق أيديهم في ماله (قوله وإذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة وقت الاستيفاء) وهذا بخلاف رد المال لأنه يؤكده الخصومة السالفة وينتهي بالحصول

عند الاستيفاء كما يشترط وقت ابتداء القاضى القضاء وقد اتى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا

لوجوب القضاء راعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض قبل الاستيفاء كما تقترب باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود فان الحدود لا تستوفى اذا

كانت الشهرة على هذه الاوصاف وقت الاستيفاء بالاجماع ذكره في الاسرار (وقوله وصار كما إذا ملكها قبل القضاء) يعني صار الملك

الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كذا الحادث قبل القضاء لانه لم يمس فكذا لم يقض ولقائل أن يقول جعلتم الخصومة

باقية تقدير في صور رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء ثمن القضاء حتى أوجبتم

القطع وهما جعلتم الاستيفاء من القضاء في باب الحد وجعلتم البيع والهبة دفاعا لوجوب الحد وما ذلك الا

تناقض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحد وما لكان في صور رد الدلم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وهما حدث بينهما تصرف موضوع لا فائدة

الملك وكان شبهة في دونه الحد قال (وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب) هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله (يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء) بيان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله (اعتبارا بالنقصان في العين) يعني بان هلك دهرهم من العشرة أو استهلكه وهذا بناء على ان المعترض في قيمة المسروق أن يكون يوم السرقة يوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقص ان لم يجز السرق فكذلك عند محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجمع وجود سرقة النصاب في ما وجبه الظاهر

باب الحدود وما لكان في صور رد الدلم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وهما حدث بينهما تصرف موضوع لا فائدة الملك وكان شبهة في دونه الحد قال (وكذلك إذا نقصت قيمتها من النصاب) هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله (يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء) بيان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله (اعتبارا بالنقصان في العين) يعني بان هلك دهرهم من العشرة أو استهلكه وهذا بناء على ان المعترض في قيمة المسروق أن يكون يوم السرقة يوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقص ان لم يجز السرق فكذلك عند محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجمع وجود سرقة النصاب في ما وجبه الظاهر

(ان كمال النصاب لما كان شرطاً) في الابتداء (بشرط قيامه عند المضاعف كزناً) أن الامضاء من القضاء والعرق بينه وبين النقضان في العين (أن النقضان في العين مضمون عليه) أي على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملاً حينئذ وقت الاختذود وناوقت الاستيغاء (كما إذا استهلك كله أمان نقصان السعر فغير مضمون) فكان النصاب (١٦٥) ناقصاً عند القطع فصار شبهة فافترقا (وإذا ادعى

السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقيم البينة) وقصر المصنف بقوله (معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة) وانما فسر بذلك احترازاً عما إذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فإنه يسقط القطع بالاتفاق

(وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب الحديث لا يجوز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة دائرتو) الشبهة (تتحقق بمجرد الدعوى) لاحتمال الصدق (ولامعتبر بما قال) انه لا يجوز عنه سارق (بدليل أن الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح) وما من مقر الاو ويتمكن من الرجوع وكان ذلك معتبراً في ابراث الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لماعرف ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة في الحجة القاصرة مورثاً لها في الكاملة والجواب أن الكمال والقصور وانما هو بالنسبة الى التعدي الى الغير وعدمه وليس كلاماً فيه وأما بالنسبة الى المقر فهو ما سواه (قوله) وإذا أقر الرجلان بسرقة مبناه على صحة الرجوع وقوله (لان الرجوع عامل في حق

ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطاً بشرط قيامه عند المضاعف كزناً بخلاف النقضان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب حينئذ ونا وقت الاستهلاك كله أمان نقصان السعر فغير مضمون فافترقا (وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقيم البينة) معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يجوز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دائرتو وتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار (وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعاً) لان الرجوع عامل في حق الرجوع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة (فان سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما)

بالاتفاق فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيغاء كذلك (ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطاً بشرط كماله عند الامضاء لما ذكرنا) أنه من القضاء وهو متضمن في نقصان القيمة بخلاف نقصان العين لان ما استهلكه مضمون عليه) فكان الثابت عند القطع نصاباً كاملاً لبعضه دين وبعضه عين بخلاف نقصان السعر فإنه لا يضمنه لانه يكون لغتور الرغبات وذال لا يكون مضموناً على أحد فلم تكن العين فاعلم حقيقة ومعنى فلم يقطع كذا في النهاية وصار كمال السارق استهلاكه كله فإنه يقطع به قيامه اذ ذلك ثم يسقط ضمانه (قوله) وإذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقيم البينة) قال المصنف (معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة) وانما فسر به ليخرج ما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكي فإنه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال (وقال الشافعي لا يسقط بمجرد دعواه) وهو أحد الوجهين كذا ذكره بعض أصحابه وهو راية عن أحد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي الى سد باب الحد ولا يجوز سارق عن هذا ونقل عنه أنه لا يقطع قبل هو نص الشافعي وعن أحد روايته أنه ان كان معر فبالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة وأولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحديد رأ بالشبهات وهي احتمال صدقه قال المصنف (ولامعتبر بما قال) من انه يغضى الى سد باب الحد (بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار) اجاباً والسارق لا يزعم ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دائرتو اذ يرجع على انه ممنوع فان من يعلم هذا من السارق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالباً (قوله) وإذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعاً لان الرجوع عامل في حق الرجوع منها ويرث الشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة) فتحدد عمل الشبهة بينهما (قوله) فان سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر (الحاضر منهما) (في قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما) وقول

المقصود فيبقى تقديرهما الهبة فتقطع الخصومة لانه ما كان يخصم ليهب منه ثم انما يخصم ليهب عليه وما يغتفر مقصود الشئ لا يكون منه باله فان قيل اذا تزوج بمن زنى بها يحد قلنا اختلفت الروايات فيه وبعد التسليم الحد باعتبار ما استوفى وذلك متلاش وهما وجب القطع باعتبار العين وهو باق (قوله) لما ذكرنا) اشارة الى قوله ان الامضاء من القضاء (قوله) بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة) وانما قال ذلك لانه اذا أقر بالسرقة ثم رجع عن اقراره سقط القطع عنه بالاتفاق (قوله) ولا معتبر بما قال) أي الشافعي رحمه الله وهو قوله لانه لا يجوز عنه سارق بدليل صحة الرجوع يعني ما من مقر الاو ويتمكن من الرجوع ومع ذلك صار معتبراً في ابراث الشبهة فكذا هذا (قوله) لان الرجوع عامل في حق الرجوع ومورث للشبهة في حق الآخر

(الراجع) يعني لعدم المكذب ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة) فيكون فعلاً واحداً قال المصنف (بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار) أقول يفهم مما ذكره ههنا أن صحة الرجوع بعد الاقرار في الحدود متفق عليه بيننا وبين الشافعي وقد صرح بخلافه في أوائل كتاب الحدود ولكن التعويل على ما يفهم ههنا هو المصرح به في كتبهم

(قوله لانه لو حضر ر بما يدعى الشبهة) يعنى وهى دائرة للحد من نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعنا مع الشبهة وهو لا يجوز (وجه القول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب) لأن القضاء على الغائب لا يجوز وكان الغائب في هذه الشهادة كانه معدوم (والمعدوم لا يورث الشبهة) في حق الموجود وهذا لأن الشبهة هى الحقيقة الموجودة لا الموهومة (على مامر) يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض قال (واذا أقر العبد المحجور وعليه بسرقة مال) إذا أقر العبد بسرقة فماله ان يكون ماذون له أو محجوراً عليه وكل منعه على وجهين إما أن يكون المال قائماً بعينه أو مستهلكاً وكل من ذلك على (١٦٦) وجهين إما أن كذب المولى أو صدقه فان صدقه يقطع فى الفصول كلها لوجود

المقتضى وانتفاء المانع وإن كذبه وهو ماذون له قطعت يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الاقرار عمال قائم أو مستهلك وبرد القائم على المسروق منه وإن كان محجوراً عليه فإن أقر بمال مستهلك قد ذهب يده عند الثلاثة وإن أقر بمال قائم بعينه فى يده قال أبو حنيفة تقطع يده ويرد المال إلى المسروق منه وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى حتى عن الطحاوى انه قال سمعت أستاذى ابن أبى

عمران يقول الاقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف فأخذ به أبو يوسف ثم رجع إلى القول الثالث واستقر عليه وأصل ذلك أن القطع أصل والمال قال أبو حنيفة القطع أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم وبدليل أنه لو قال أسبغى المال ولا أبغى القطع لم يسقط القطع وقال أبو يوسف كل منهما أصل أما أصالة القطع فيما قالوا فى الحر إذا أقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو فى بدعير وكذبه عرو ويصغى أقراره فى حق القطع دون المال فى

وأما أصالة المال فلانه إذا سرق مادون العشرة لا يقطع ونحوه شرط ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدونه لانه من حق الله تعالى وهو يستوفى بالطلب وقال محمد المال أصل والقطع تبعي ووجهه ما أجاب يوسف فى أصالة المال وإذا ثبت هذا ظهر ما فى الكاد سوى ألفاظ تنبيهها فقوله (فى الوجهين) يعنى فيما إذا كان المال قائماً بعينه أو مستهلكاً

(قوله بدليل انه يبطل بالتقادم) أقول فيه بحث (قوله وبدليل انه لو قال أسبغى المال لا) أقول فيه بحث قال المصنف (ومعناه) أقول قال الاتقافى

فان قيل قوله هو مالى مورث للشبهة فى حق الرجوع كفى المسئلة الاولى فاذا كان شبهة فى حقه يكون فى حق الآخر شبهة الشبهة وهى غير معتبرة فلنا سقط القطع عن الرجوع برجوعه لا بطريق الشبهة فاما فى المسئلة الاولى ليس ذلك برجوعه لان المسئلة فيها إذا ثبت بالبينة فلا يكون قوله هو مالى رجوعاً فاعتبر بشبهة (قوله) وإذا أقر العبد المحجور وعليه بسرقة عشرة دراهم بعينها قيداً بالمحجور لانه لا خلاف فى الماذون عند علمائنا

أي بمعنى الاختلاف اهـ وفيه تأمل (قوله حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) أقول أي بدون الخصومة في القطع وإن لم يسقط القطع كما سر

(ولا يثبت) القطع دون المال وقوله (فلا يصح في حقه فيه) أي فلا يصح اقرار العبد في حق المولى في المال وقوله (والقطع يستحق بدونه) أي بدون المال لأن أحد الحكمين يفصل عن الآخر ألا ترى أنه قد يثبت المال دون القطع كما إذا شهد به رجل وامرأان وكذا يجوز أن يثبت القطع دون المال كما إذا اقر بسرقة مال مستهلك قوله (لما بيننا) إشارة إلى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث أنه آدمي وقوله (فيصح بالمال بناء عليه) أي لما صح اقراره بالقطع باعتباره آدمي (١٦٨) مكاف صح اقراره بالمال أنه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما شهدناه من أصله

ولا يثبت وإذا بطل فيما هو الأصل بطل في التبعية بخلاف الماذون لأن اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعاً ولا يثبت يوسف أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما إذا قال الحر الثوب الذي في يدي سرقة من عرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع به المقران كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولا يحنيفة أن اقرار بالقطع قد صح منه لما بيننا فيصح بالمال بناء عليه لأن اقراره يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة الحر لأن القطع انما يجب بالسرقه من المودع أما لا يجب بسرقة العبد للمال فافتراقاً ولو صدق المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها) لبقائها على ملكه (وان كانت

المسروقة منه أريد بالقطع دون المال لا تسمع خصوصته فأنما يصح في حق القطع تبعاً للمال وقد انتفى المال بما قلناه فانتفى القطع (ولا يثبت يوسف أنه أقر بشيئين) أي اقر بما يوجب شيئين (القطع وهو) اقرار (على نفسه) فيقطع (على ما ذكرناه) مع زفر من وجهه صحة اقراره بالحدود والقصاص (والمال وهو) اقرار (على المولى) وهو يكذبه (فلا يصح في حق المولى والقطع يستحق بدون المال) كما إذا اقر بسرقة مسلمة فانه يقطع ولا يلزمه المال (وكما لو قال حر هذا الثوب الذي في يدي سرقة من عرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع) ولا ينزع الثوب من زيد إلى عرو وفي قطع والمال للمولى (ولا يحنيفة أن اقراره في حق القطع قد صح منه لما بيننا) في الكلام مع زفر من أنه آدمي إلى آخره ويلزمه صحة بالمال أنه لغير المولى لا يستحقه أن يجب القطع شرعاً بما لا مسروق للمولى والخاصل أنه إذا صح اقراره بالحدوث ثبت حكمه وهو القطع وهو ملزم بموجب الشرع بكون المال للمقر له إذا قطع بمال السيد والى ههنا يتم الوجه وقوله (لأن اقراره يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفي القطع بعد استهلاكه) زيادة لا تظهر الحاجة إليها وقوله (بخلاف مسألة الحر) يريد الزام أبي يوسف بما إذا قال الحر الثوب الذي في يدي سرقة من عرو ويقطع به ولا يدفع لعمره فكذلك إذا اقر به من مال الاجنبي ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع في المسئلة المذكورة محمول على صحة اقراره به لعمره وأنه ودية عندئذ بدأ وغصب وادعاهز يدان الثوب له جاز كونه انكار اللوديعه غير أن المقر ليس خصمه في ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع أو موصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فأنما لو اعترفنا بالثوب ودية للمولى أو موصوباً باعند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع (قوله) وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت

يقطع (قوله) ولا يحنيفة وجه الله أن اقراره قد صح منه بالقطع لما بيننا إشارة إلى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث أنه آدمي ثم يتعدى إلى المال فيصح من حيث أنه مال وهذا لأن الجزاء انما يجب عليه بسبب الجنائية والجنائية انما تحقق بواسطة التكليف والتكليف انما يتحقق من حيث أنه آدمي لا من حيث أنه مال (قوله) لأن اقراره يلاقي حالة البقاء (لأن اقراره اخبار عن أمر كائن فلا بد وأن يتحقق ذلك الشيء حتى يتصور الاخبار منه) (قوله) أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى أي لا يجب بحال وان سرق من مودع المولى ونحوه

وقوله (لأن اقراره يلاقي حالة البقاء) يريد أن اقراره بالشئ اظهر أمر قد كان فلا بد من وجود الخبر به سابقاً على الاخبار وقوله (حتى تسقط) بالرفع لأن حتى بمعنى الغاء قوله (باعتباره) أي باعتبار اقطع لما يجيء من أصلنا أن القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقطت العصمة والتقوم في حق السارق بدل على أن المال تابع لانه لو كان أصلاً ما تغيره من التقوم إلى غيره لأن مقصوديته انما تكون بالتقوم وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك إذا لا وجود للتابع مع عدم وجود الأصل وقوله (بخلاف مسألة الحر) جواب عما استشهد به أبو يوسف بقوله إذا قال الحر الثوب الذي في يدي يقطع به يبين أن الحر لم يسمع قوله سرقة من عرو في حق الردي عرو ولا يلزمه عدم القطع بل يقطع لانه يجعل المقر له وهو عرو بمنزلة المودع فلا يوجب رد المال اليه لما أمر أن السارق إذا سرق المال من المودع يقطع

بخصوصته وان لم يرد اليه المال وأما هنا فلأن المودع قد سرق مال المولى لا يقطع يده ثم اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على قطع يده العبد فقد جعله سارقاً قال غير المولى فيرد إلى الذي أقر بالسرقته منه (قوله ولو صدق المولى) قد مناه في أول البحث قال (وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده) كلامه واضح

قال المصنف (حتى تسقط عصمة المال باعتباره الخ) أقول معارض بما إذا أقر ثم رجع يثبت المال دون القطع وجوابه لا يخفى إذا بقاء أذار جمع قال المصنف وإذا قطع السارق والعين قائمة في يده) أقول لو أطلق عن قوله في يده لم كان أنتم على قال صاحب البدائع والعلماء الكا ولا يباع



مستهلكت لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حاققان قد اختلفت بينهما فلا ضمان فالقسط إحق الشرع وسببه ترك اذ انتهاء عما نهى عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم أو شرب خمر مملوكة لذى ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى ولان المثل

مستهلك لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك ( لانه لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلان لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى (وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور) وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشامي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين ( وروى الحسن عنه أنه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما ) أى في الهلاك والاستهلاك وهو قول أحدوا الحسن والنخعي والليث والبيهقي واسحق وسعيد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظر الحنابيين ولا خلاف ان كان باقيا أنه برده على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله أنا ضمن لم يقطع عندنا فانه يضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المالك وجه قولهم عموم قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما أخذت حتى ترد ولانه أئلف المالك مملوكا كعدو وانافى ضمه قياسا على الغصب والمسايع انما هو منافاة بين حق القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين مختلفين أحدهما حق الله وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والاخر حق الضرر فيقطع حقا لله ويضمن حقا للعبد ( وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم ) يجب الجزاء حقا لله تعالى ويضمن حقا للعبد ( وكشرب خمر الذى ) على قوله كم فانكم تجدونه حقا لله وتغرمونه قيمته حقا للذى فهذا الزام فاتهم لا يضمنونه الخمر باستهلاكها ( ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ) فيساروى الناسى عن حسان بن عبد الله عن الفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن أخيه المسور بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد ولو لفظ الدارقطنى ( لا غرم على السارق بعدما قطع يمينه ) وضعف بان المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فان اسحق بن افرات رواه عن الفضل فادخل بين يونس بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهرى وقال ابن المنذر سعد بن ابراهيم هذا مجهول وقيل انه الزهرى قاضى المدينة وهو أحد الثقات الاثبات وعندنا الارسال غير قاض بعد ثقة الراوى وأمانته وذلك الساقط ان كان قد ظهر أنه الزهرى فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامة انه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع برواية البرز لا يضمن السارق سرقة بعد اقامة الحد ولم يزد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن ( ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه بعد اداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فبين انه أخذ ملكه ) ولا قطع فى ملكه لكن القطع ثابت قطعا ( فبايؤدى الى انتفائه فهو المنتفى ) والمؤدى اليه الضمان فينتفى الضمان ( ولان المسروق

(قوله هذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك) وهو قوله واذا كانت مستهلكة لان الهلاك في عدم وجوب الضمان فوق الاستهلاك فان المودع يضمن بالاستهلاك ويضمن بالهلاك فاذا ثبت عدم وجوب الضمان فى الاستهلاك ثبت فى الهلاك بالطريق الاولى (قوله أو شرب خمر مملوك لذى) أى هلى أصلكم فان عنده لا يجب ضمان الخمر بالاستهلاك وان كانت للذى (قوله لانه) أى لان السارق يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ كما فى الغصب وعن هذا قالوا أن هذا الاختلاف مبنى على الاختلاف فى الغصب (قوله وما يؤدى الى انتفائه فهو المنتفى) يعنى أن وجوب الضمان مستلزم لانتفاء القطع وانتهاء القطع غير منتهى

وقوله ( كاستهلاك صيد مملوك فى الحرم ) يعنى من حيث أنه يجب قيمته للمالك وقيمة أخرى جزاء ارتكاب المحذور لله تعالى وقوله (أو شرب الخمر للذى) يعنى على أصلكم فان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وان كان للذى (ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه) لا يقال هذا الحديث يدل على أن العين اذا كانت قائمة لا ترد الى صاحب لان ذلك لا يسمى غرما وقوله (وما يؤدى الى انتفائه) انما كان ما يؤدى الى انتفائه هو المنتفى لكونه ثابتا بالاجماع السارق المسروق من انسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه فان كان قائما فلصاحبه أن يأخذه لانه عين ملكه ولما خذ منته أن يرجع على السارق بالثمن الذى دفعه لان الرجوع بالثمن لاوجب ضمانا على السارق فى عين المسروق لانه يرجع عليه بمن المسروق لا بغيره اهـ



وقوله (اذلوبي) يعني معصوماً حقاً للعبد (لأنه كان مباحاً في نفسه) لأنه عرف بالاستقراء أن ما هو حرام حق العبد فهو مباح في نفسه وكان المال للشارق حراماً من وجهه دون وجهه (فينتفي القطع للشبهة) إذا الشبهة هي أن تكون الحرمة ثابتة من وجهه دون وجهه فينتزى بالحدوث فالذي يبق معصوماً حقاً للعبد يصير محرماً (حقاً للشرع كالميتة ولا ضمان فيه) وهذا معنى ما ذكر في المبسوط إذا صادرت المسألة منه تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد الحق في حق العبد بما لا يقيم له وإن كان هذا لا يتقرر إلا باستيفاء القطع لا بما يجب منه تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الأخذ مراعى أن استوفى به القطع بنين به أن حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبدوان تعذر استيفاءه تبين أن حرمة المسألة والتقوم كان للعبد فيجب الضمان وقوله (الآن ١٧٠) العصمة) جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت لله تعالى وصار المال المسروق كالسنة

والنحر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن أبي حنيفة وجوب الضمان فيه وتقرير الجواب أن سقوط العصمة إنما كان ضرورة لتحقيق القطع وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا ينعدي إلى فعل آخر هو الاستهلاك لأنه لا ضرورة في حقه لأنه ليس القطع ولا من لوازمه (وكذا الشبهة) وهو كونه حراماً لغيره (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة لأن اعتبار الشبهة إنما يكون بحصول السبب في الموجب للعصمة غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا تعتبر فيه الشبهة (ووجه المشهور) وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك (أن الاستهلاك أتمام المقصود) بالسبب وهو السرقة لأنه إنما سرق ليصرفه إلى بعض حوائجه فكان قيمة السبب لأنه فعل آخر (فتعتبر الشبهة فيه) لاسقاط الضمان كاعتبارها

لا يبق معصوماً حقاً للعبد إذ لوبي لكان مباحاً في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرماً حقاً للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الآن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور أن الاستهلاك أتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان

لا يبق مع القطع معصوماً حقاً للعبد اذلوبي كان مباحاً في نفسه) وإنما حرم الصلحة للعبد فكان حراماً من وجهه دون وجهه فكان شبهة في السرقة إذا الشبهة ليست إلا كون الحرمة ثابتة من وجهه دون وجهه فينتزى بالحدوث لكن الحد هو القطع ثابتاً إجماعاً (فكان محرماً حقاً للشرع) فقط (كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله) ولا يقال جاز كون الشيء محرماً لغيره ونفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحاً في نفسه لأننا نقول ما فرض فيما كان وهو المال المسروق لا يكون قط محرماً لغيره ووقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى فيقبل فعل السرقة القبلية التي علم تعالى أنها تصل بها السرقة وإنما يتبين لنا ذلك بتحقيق القطع فإذا قطع علمنا أنه استخلص الحرمة حقه تعالى في ذلك المال كما علم أن الأب ملكه الله تعالى جاريه ابنه من غير تعليق من الابن له بظهور دعواه ولدها لا علمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل المال فيها إليه قبل الوطء القبلية التي علم تعالى اتصال الوطء بها وكذا في أعتق عبدك عني بالف فهو من الاستدلال بعائنة المشرط على سبق الشرط فان قلت فواجبه راية الحسن في الضمان بالاستهلاك مع فرض أن العصمة انتقلت إلى الله تعالى وصار المسروق حرمة الميتة فينتفي أن لا يغترق الحال فأجاب المصنف عنه بقوله (الآن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حق فعل آخر) إنما الضرورة في نفي شبهة الإباحة من فعل السرقة ضرورة وجوب القطع (وكذا الشبهة) أي شبهة الإباحة إنما (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة (دون غيره) وهو الاستهلاك (ووجه المشهور أن الاستهلاك) وإن كان فعلاً آخر إلا أنه (أتمام المقصود) بالسرقة وهو الانتفاع بالسرقة فكان معدوداً منها (فتعتبر الشبهة فيه) كما اعتبر في السرقة (وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان) في فصل الاستهلاك

فيبقى الضمان بالضرورة لأن انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم (قوله اذلوبي لكان مباحاً في نفسه) فينتفي القطع لأن الحرمة لحق العبد لا توجد حرمة عينه وما كان حلالاً في نفسه لا يصلح سبباً للعقوبة كشرب عصير الغير وأخذ ماله غصباً إنما الموجب للعقوبة فعل هو حرام بعينه فلا بد من انتقال العصمة من العبد إلى الرب قبل السرقة ليكون ورود الجناية على حق الله تعالى فان قبل فعله لاقى عصمتين عصمة الله تعالى وعصمة العبد فكان جنايتين كما في القتل خطأ تجب الكفارة والدية وفي قتل صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء والقيمة وفي شرب خمر الذي يجب الحد والضمان قلنا في النفس حق الشرع وحق العبد فوجب الضمانان والجزاء

في نفس السبب وقوله (وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لأنه من ضروراته سقوطها في حق الهلاك) لأنه لا انتفاء للمعاملات قال في النهاية أي لأن سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك وأقول معناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فالأول كذلك وبیان الملازمة أنه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية (قوله لأنه عرف بالاستقراء الخ) أقول منقوض بخبر الذي قال المصنف (الآن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك) أقول وأنت خير بآن الحديث والتعليل الأول لا يفرق بين الهلاك والاستهلاك (قوله وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك) أقول يجب الضمان بالاستهلاك ختم الذي كما سبق أنفاً

في الاستهلاك موجبة وذلك غير صحيح لان الضمان يستوجب الممانعة بين المضمون والمضمون به بالنص وهي منتفية لان المضمون به مال معصوم في الهلاك والاستهلاك حتى لو غصبه أحد ضمنه هلك عنده واستهلك والمضمون (١٧١) وهو الموقوف معصوم في الاستهلاك على ذلك التقدير دون الهلاك

لانه من ضرورات شرطها في حق الهلاك لانتهاء الممانعة قال (ومن سرق سرقا قطع في احداها فهو لبيها ولا يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يضمن كلها الا التي قطع لها) ومعنى المسئلة اذا حضر أحدهم فان حضر واجبها وقطعت يده لخصوص من لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا يدين بالخصوصة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة وله أن الواجب بالسكل قطع

لا انتهاء الممانعة بين المال المسروق والضمان لان الموقوف معصوم حقا للعبد في حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقه في حالتي الهلاك والاستهلاك فاذا انتفت الممانعة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالممانعة بالنص بخلاف شرب خمر الذي لانه أتلغ مالا متوقفا لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله وجعل الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا حرمين ومثله صيد الحرم المملوك وفي المبسوط روى هشام عن محمد أنه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالممانعة فاما ديانة فينتفى بالضمان للحقوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفي الايضاح قال أبو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذلك لو خاطبه فيصا لا يحل له الانتفاع به لانه ملكه بوجه محذور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل له الانتفاع كمن دخل دار الحرب بآمان وأخذ شيئا من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانته وكالباعني اذا تلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان بعارض ظهر أثره في حق الحكم وأما ديانة فيعتبر قضية السبب (قوله ومن سرق سرقا قطع في احداها) بخصوصية صاحبها وحده (فهو) أي ذلك القطع (لجميعها ولا يضمن شيئا) لارباب تلك السرقات (عند أبي حنيفة) وقالوا يضمن كلها (الا) السرقة (التي قطع فيها) فان حضر واجبها وقطعت يده لخصوص من لا يضمن شيئا من السرقات (بالاتفاق) لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا يدين بالخصوصة لتظهر السرقة ولا لخصوص من الغائب فلم تظهر الخصوصية منهم فلم تظهر القطع بسرقاتهم (فبقيت أموالهم معصومة وله أن الواجب بالسكل قطع

في قتل صيد الحرم بهتك حرمة الحرم والضمان بالتلف مال الغير والحد وجب بشرط ان يصر صيانة لعقله والضمان بالتلف مال متقوم للذي جبر الحق وهذا الجناية متحدة لانه لحملها العصمة وهي واحدة وقد صارت لله تعالى فلم يبق للعبد والجناية الواحدة متى أوجب جزاء الغيب كلالا لو جب بدل المحل كقطع اليد قصاصا لا يجب معه بدل المحل وهو الارش ولكن هذا لا يتقرر بالاستيفاء القطع لان ما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى القطع تبين أن العصمة كانت له فلا يضمن والاظهر أنها كانت للعبد فيضمن فان قيل ان انتقلت العصمة قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب لانه لا سبب سوى السرقة وان انتقلت بعدها فلا يفيد لان السبب صادف محلا معصوما للعبد وان انتقلت معها فهو باطل أيضا لان السرقة زمان الوجود ليست بموجودة فكيف يثبت الحكم وقت الوجود قلنا ينتقل قبيل السرقة شرطا الصيرورة للجناية على حقه مع ضرورة استيفاء الحد الذي هو حقه كما يثبت الملك في قوله أعنت عبدك عني على ألف فقال أعنت ضرورة صحة العتق اقتضاء ولهذا قلنا في رواية يضمن بالتلف لان العصمة انما تسقط ضرورة فتظهر في فعل السرقة دون غيرها اذ الثابت ضرورة لا يعدم وضعها والاتلاف فعل آخر لا يظهر في حقه فيضمن كالألف غيره وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاتلاف اذ لا حاجة الى نقل العصمة في حق الغير فبقي معصوما حقا للعبد نظرا الى الغير فيضمن (قوله لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتهاء الممانعة) أي سقوط العصمة في حق الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في الهلاك لانتهاء الممانعة بين المال المسروق وبين الضمان لان الضمان مال معصوم حقا للعبد في حالتي الهلاك

والمال المعصوم مضمون لا سبب له (وله أن الواجب بالسكل) أي بكل السرقات

(قوله لان الضمان الى قوله بالنص) أقول يعني قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (قوله ومن الشارحين من قال) أقول أراد الاتقاني

(قطع واحد) لانه يجب (حقائه) وكل ما كان كذلك بشد داخل وقد وجد ذلك (والخصومة شرط الظهور وعند الحاكم) وتوجد ذلك أيضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط راعى وجوده ولا وجوده قصدا (فاذا استوفى) يعني ذلك القطع الواحد (فالمستوفى كل الواجب الا ترى أن نفعه) وهو الاثر جار مرجع الى السكك فان قيل الحكم الثابت ضمننا لا يربو على الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو أبرأه الواحد عن ضمان السكك نصام يبرأ (١٧٢) فكيف يبرأ اذا ثبت ضمنا أجيب بأنه كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع

واحد حقائه تعالى لان مبنى الحد ود على التداخل والخصومة شرط للظهور وعند القاضي فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الا ترى أنه يرجع نفعه الى السكك فيقع عن السكك وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في البعض وأنه تعالى أعلم

\*(باب ما يحدث السارق في السرقة)\*

(ومن سرق ثوبا فاشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع)

واحد حقائه تعالى لان مبنى الحد ود على التداخل والخصومة شرط للظهور وعند الحاكم (كم) فاذا كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة وقد وجد لزوم وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها في نفس الامر علم القاضي بها أو لم يعلم ولا أثر لعدم علمه في نفي الحكم الثابت شرعا عند القاطع وهو وقوعه عن كل الاسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطالب

\*(باب ما يحدث السارق في السرقة)\*

(قوله ومن سرق ثوبا فاشقه في الدار) قبل أن يخرج من الخزانة (نصفين ثم أخرجه وهو يساوي عشرة) بعد الشق (قطع)

والاستهلاك والمال المسروق معصوم حقائه في حالة الاستهلاك فقط فاذا انتفى المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص وروى هشام عن محمد رجهما الله أن السارق لا يضمن في الحكم فاما فيما بيننا وبين الله تعالى يعني بالضمان لان المسروق منه قد لحقه الخسران والنقصان من جهته بسببه هو متعديه ولكن تعذر على القاضي القضاء بالضمان لما ذكرنا في نفي رفع النقصان الذي لحقه من جهة السارق فيما بيننا وبين ربه كذا في المبسوط وذكر في الايضاح قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحمل للسارق أن يتعقب به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذلك اذا خاطه فيصالح يحصل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب الضمان فلا يعلق له الانتفاع وهذا كالمسلم اذا دخل دار الحرب بايمان وأخذ شيئا من أموالهم لم يحكم عليه بالردو يلزمه ذلك فيما بيننا وبين الله تعالى وكذلك الباغي اذا أثلغ مال العادل ثم ناب لم يحكم عليه بالضمان ويعني بذلك فيما بيننا وبين الله تعالى وكذا الحرابي اذا أخذ شيئا من أموالنا ثم أسلم لم يحكم عليه بالردو يعني بالرد فيما بيننا وبين الله تعالى وكذا السارق اذا استهلك المال المسروق يعني باداء الضمان فيما بيننا وبين الله تعالى والاصل في هذه المسائل كلها أن كل فعل انعقد سببا لجوب الضمان وتعذر ايجابه بعارض ظهر أثر ذلك العارض في حق الحكم وأما الفتوى فيما بيننا وبين الله فتعبر بقضية السبب (قوله لان مبنى الحد ود على التداخل) ومعنى التداخل الا كغناء بحد واحد (قوله فاذا وجد القطع وقع عن السكك) فان قيل الخصومة شرط لصير الخصم باذلا للمال اذ لا يصح البذل من واحد عن السكك قلنا بذل المال لسقوط عصمته أمر شرعي ثبت بناء على امتيغاه القطع لا باعتبار العبد الا ترى أنه يستوفي من ملك البذل ومن لا يملكه كالأب والوصي والله أعلم بالصواب

\*(باب ما يحدث السارق في السرقة)\*

(قوله ثم أخرجه وهو يساوي عشرة دراهم) أي بعد الشق يساوي عشرة دراهم فيسقط كمال النصاب

الشرع بوقوف المنقول ثم ههنا ما وقع القطع في حق السكك بالاجماع تبعه ما هو الثابت في ضمنه وهو سقوط الضمان وأعلم أن وقوع القطع بجميع السرقات بالاجماع فقد علمت أن القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان في واحدة منها بعد ذلك جاع بين القطع والضمان فذلك تناقض وقوله (وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد) يعني لو سرق النصب من شخص واحد مرارا فخاصم في البعض فقطع لاجل ذلك فتعد أي حنيفة لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن والله أعلم

\*(باب ما يحدث السارق في السرقة)\* لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع ذكر في هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة ابدت لو الثابت ذكر (ومن سرق ثوبا فاشقه في الدار بنصفين ثم أخرجه وهو يساوي) بعد الشق (عشرة دراهم قطع) قيد بقيدس أن يكون الشق في الدار وأن يساوي عشرة

دراهم بعد الشق في الدار لانه اذا أخرجه غير مشقوق وهو يساوي عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق وعن العشرة فإنه يقطع قولا واحدا لانه اذا شق في الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم أخرجه لم يقطع لان السرقة قد تمت على النصاب الكامل في الاول دون الثاني

\*(باب ما يحدث السارق في السرقة)\*

(وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأنه في شبه الملك وهو الخرق الفاحش فإنه لو حجب القيمة وتلك المضمون / ولهذا قلنا الملك بعد الشق بالخيار  
إن شاء ملكه الثوب بالضمأن لا انعقاد سبب الملك لأنه لو لم ينعتق لما وجب التملك بكره من السارق (وصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار  
البائع) ثم فسح البائع البيع فإنه لا يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما (١٧٣) أن السرقة تحت على عين غير مملوك للسارق

ليكن ورد عليه سبب الملك  
(ولهما أن لا يقطع) أي هذا  
الاخذ الذي فيه خرق فاحش  
واللام للعهد يدل على قوله  
ومثله لا يورث الشبهة كنفس  
الاخذ وتقرر به أن لا نسلم

أنه فيه سبب الملك لأن  
لاخذ المعهود ليس بموضوع  
له وإنما هو موضوع سبب  
الضمان فكان له سبب  
الضمان لا سبب الملك (وإنما  
الملك ثبت له ضرورة أداء  
الضمان كي لا يجتمع  
البدلان في ملك واحد ومثله)

أي ومثل هذا الاخذ الذي  
هو سبب الضمان (لا يورث  
الشبهة) لأنه ليس بموضوع  
للملك (كنفس الاخذ)  
فانه يحتمل أن يصير سبباً  
بعد الضمان ومع هذا قلنا  
تعتبر شبهة (وكذا إذا سرق  
البائع مبيعاً باعاً) ولم يعلم  
المشتري بالعيب فإنه يقطع  
وان انعقد سبب الرد وهو

وهو الشق (بخلاف ما ذكر)  
أي أبو يوسف وهو قوله  
كالمشتري إذا سرق مبيعاً  
فيه الخيار للبائع لأن سبب  
الملك موجود فيه (إذا البيع  
موضوع) لا فائدة للملك  
وهذا الخلاف فيما إذا

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لأنه فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه لو حجب القيمة وتلك المضمون وصار  
كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع وله ما أن لا يقطع سبب الضمان لأن الملك وإنما الملك ثبت ضرورة  
أداء الضمان كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكذا إذا سرق البائع  
مبيعاً باعاً بخلاف ما ذكر لأن البيع موضوع لفائدة الملك وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين النقصان  
وأخذ الثوب

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع (وان كان لا يساوي عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع  
الاتفاق وهو ظاهر واختلقت العبارات في الفادة قول أبي يوسف في بعضها ما يفيد أنه رواية عنه وأن الظاهر  
من قوله كقولهما وهي كلام الهداية ونظر الاسلام البرزوي والصدرا الشهيد والعتابي حيث قالوا عن أبي  
يوسف وكذا قول الاسجواني ذكر الطحاوي قول أبي يوسف مع مجذور قول محمد مع أبي حنيفة في الظاهر  
وشمس الأئمة البيهقي زاد فقال في كفايته وعن أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة وفي بعضها  
ما يفيد أنه الظاهر من قوله كقول صاحب الاسرار وقال أبو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد في  
الكافي وقال أبو يوسف كل شيء يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه وجه قوله أن السرقة  
ماتت الا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك اذ بالخرق الفاحش ثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمته  
الثوب وتر كماله وان كره ذلك وبنا انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كالمسرق المشتري المبيع  
الذي فيه خيار البائع ثم أسقط البائع الخيار فإنه لا يقطع لذلك وهو أن السرقة تحت على عين غير مملوك  
وليكن فيه سبب الملك للسارق (وله ما أن لا يقطع سبب الضمان) ولا يخفى أن المناسب أن يقول أن  
الشق وقع سبباً للضمان (لا للملك) وثبوت ولاية التضمين أن ذلك ليس سبباً للملك بل السبب إنما ثبت  
عند اختيار التضمين وإنما تكون تلك الولاية موجبة للسببية إذا كان التصرف موضوعاً للتملك كالبيع  
فما قست عليه لا في موضوع سبب الضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف  
وضع للملك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الاخذ بل في الشق تكلف في تقريره بان قيل  
الاخذ سبب للضمان لأنه عدوان محض للملك فكان كالشق عدواناً فكذلك لا تعتبر في الاخذ شبهة  
الملك دائرة للقطع بل يقطع اجماعاً كذلك الشق وإنما يصير الشق سبباً للضمان إذا اختار المالك  
التضمين (فيثبت ضرورة أداء الضمان) أو القضاء به (ومثله لا يورث شبهة) والاثبت مثلها (في نفس الاخذ)  
لأنه أيضاً يحتمل أن يصير سبباً للملك بأداء الضمان كالشق فصار (نظيراً ما إذا سرق البائع مبيعاً باعاً) ولم يعلم  
المشتري بالعيب فإنه يقطع وان انعقد سبب الرد بالعيب الذي به يثبت للملك للبائع (قوله وهذا الخلاف الخ)

هذا الاخراج (قوله لأن فيه سبب الملك) وإنما قلنا ذلك لأن المالك بعد الشق بالخيار إن شاء ملكه الثوب  
بالضمان لا انعقاد سبب الملك فان سبب الملك لو لم ينعتق لما وجب التملك بكره من السارق كذا في الاسرار  
(قوله وصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار للبائع) والجامع بينهما هو أن السرقة تحت على عين غير مملوك  
للسارق وليكن ورد عليه سبب الملك (قوله وله ما أن لا يقطع سبب الضمان لا للملك) أي هذا الاخذ  
الذي فيه خرق فاحش واللام فيه للعهد يدل على قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ (قوله وكذا إذا  
سرق البائع مبيعاً باعاً ولم يعلم المشتري بالعيب فإنه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فثبت به للملك للبائع

اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب) لا يقال الاصل عندكم أن القطع والضمان لا يجتمعان فإذا اختار تضمين النقصان كما فيتمكن من  
القطع لأن ضمان النقصان وجب بمقتضى آخرى قبل الاخراج وهي ما فات من العين والقطع بانخراج الباقي كالأخذ في فارق أحدهما في  
البيت وأخرج الآخرة وقيمتها نصاباً وأورد على هذا الجواب الاستدلال على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب الضمان وعن هذا  
(قوله وأورد على هذا الجواب الخ) أقول المورد هو السارق في معراج الدراية ولكن تقرير الجواب الذي هو مورد هذا لا يراد ليس على هذا النظم

فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستند الى وقت الانحداف فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبيهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

الحاصل ان هذا الخلاف الكائن في القطة هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان واخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند أبي يوسف لا يقطع (ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستند الى وقت الانحداف فصار كالمالك) اباه (بالهبة) بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم (ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة) فانتفى وجه أبي يوسف في عدم القطة في اليسير واعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة لا اختيارا لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ماتت السرقة الابعام ملكه بالضممان وقد حده التمر نائى بان ينقص أكثر من نصف القيمة أو ما الخرق الفاحش فيسبب ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والافسير ولا بد أن يصحكون المعنى فصاعدا ما لم ينته الى ما به يسيرا اتلافا والصحيح أن الفاحش ما يغوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يغوت به شيء من المنفعة ذكره التمر نائى وأورد في الكافي على القطة مع إيجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير أن فيه جمع بين القطة والضمان وأجاب فقال إنما لا يجتمعان كي لا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جنائيه واحدة وهنالا يؤدي اليه اذ القطة يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة فتمتع أنه لا يجب به الضمان لان عصة المسروق تسقط بالقطة فكذا هنا عصة المسروق تسقط بالقطة فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الجواز يثبوت في الصحيح لا يضمن النقصان كي لا يجمع القطة مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان ذلك ما ضمنه فيكون هذا كسب مشترك بينهما فلا يجب القطة لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنقص بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هنالك بعد السرقة بان سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا نقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم اذا أخرجه من الخرز كان المسروق هو الناقص فالقطة حينئذ كذلك المسروق الناقص ولم تضمنه اباه الأبرى الى قول الامام قاضيان فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان أما القطة فانه أخرجه نصابا كاملا من الحر زعلي وجه السرقة وأما ضمان النقصان فلو جرد يسيرا وهو التعيب الذي وقع قبل الاخراج الذي به تم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطة لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطة باخراج الباقي فلا يمنع كولو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصابا ما قول الباحث ذلك ما ضمنه فيكون كسب مشترك الى آخره فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك في المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضممان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها فكذلك هنا يقطع وان انعقد سبب الملك وهو الشق وان كان الخرق اتلافا لم يقطع لانه استقر الضمان وأنه ينفي القطة وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع كذا في الايضاح وذكر الامام التمر نائى وجه الله في حد الاتلاف أن ينقص أكثر من نصف القيمة (قوله وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا) وقبل في حد الفاحش أن ينقص ربع القيمة وقبل ما لا يصلح الباقي لثبوت ما والصحيح أن الفاحش ما يغوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يغوت به شيء من المنفعة كذا ذكره الامام التمر نائى رحمه الله فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لعدم سبب الملك لانه ليس له اختيار تضمين كل القيمة بل له تضمين قيمة النقصان فان قبل قد أوجبتم مع القطة ضمان النقصان وهما لا يجتمعان قلنا إنما لا يجتمعان كي لا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جنائيه واحدة وهنالا يؤدي اليه اذ القطة يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في

ذهب بعضهم الى أنه ان اختار القطة لا يضمن النقصان والجواب أن القطة للباني بعد الخرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطة كان لأجله لا شيء آخر (فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستند الى وقت الانحداف فصار كما اذا ملكه بالهبة) فانه اذا هب له بعد تمام السرقة يسقط القطة فلان لا يجب اذ ملكه قبل تمام السرقة أولى (وهذا كله) أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات (اذا كان النقصان فاحشا) وهو الذي يغوت به بعض العين وبعض المنفعة فان كان يسيرا وهو ما يغوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيحى تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كلب الغصب (يقطع بالاتفاق) لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

فيه (قوله وعن هذا ذهب بعضهم الخ) أقول أراد الجبازي قال السكاك وفي الجبازية وفي الصحيح أن لا يضمن النقصان كي لا يجمع القطة مع الضمان

(قوله وان سرق شاة فذبحها) ناهى وقوله (ومن سرق ذهباً وفضة يجب فيه القطع) أى يساوى عشرة دراهم (فصنع دراهم أودنانير قطع فيه) وهو ناهى (قوله وأصله في الغصب) يريد أن ما يقطع حق الغصب منه عن الغصب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تقطعه (عندهما خلافاً له) لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسمها وحكمها مقصودا وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما إذا كان الغصب صغيراً فضره فقيمة أو حديداً فجعله ذراعاً فإنه ينقطع به حق المالك وله أن عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلا زمن فإن أعادتها إلى الحالة الأولى لم تكن الصنعة ههنا غير متقومة حتى لو كسر ابريق (١٧٥) فضم يمكن للمالك أخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة

متقومة وإذا كان كذلك كان (اعتبار الباقي المتقوم أولى من الزائل الغير المتقوم) قوله فلم يملك عينه أى عين المسروق وفى بعض النسخ عينهما أى عين الذهب والفضة وانما ملك شيئا غيرهما فإن الاعيان تبدل بتبدل الصفات أصله حديث بريرة وقوله (فإن سرق ثوبا فصبغه أحر) قال صاحب النهاية بصورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه أحر الخ فإن لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لأن الأووال الحال وهى لا تدل على التعقيب ولكن قول المصنف (قوله لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسمها وحكمها)

(وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه (ومن سرق ذهباً وفضة يجب فيه القطع) فصنع دراهم أودنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير إلى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة وقال لا سبيل للمسروق منه عليهما) وأصله في الغصب فذهن صنعة متقومة عندهما خلافاً له ثم وجوب الحد لا بشكل على قوله لأنه لم يملكه وقبل على قوله لا يجب لأنه لم يملكه قبل القطع وقيل يجب لأنه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه (فإن سرق ثوبا فصبغه أحر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه) اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب أصلاً قائماً وكون الصبغ

وحين وردت السرقة وردت على ما ليس به ذلك الجزء المملوك له (قوله وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) ولو سارت نصاباً بعد الذبح (لأن السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه) على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه (قوله ومن سرق ذهباً وفضة يجب فيه القطع) بأن كانت نصاباً (فصنع دراهم أودنانير قطع فيه عند أبي حنيفة) وهو قول الأئمة الثلاثة (وردد الدراهم والدنانير على المسروق منه وقال يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما) والخلاف مبنى على خلاف آخر في الغصب وهو ما إذا غصب نقرة فضة فضرهم دراهم لا ينقطع حق الغصب منه عنده خلافاً له ما ذكره قالوا كانت دراهم فضرهم أحلياً فكذلك لا ينقطع بالصلك حق المسروق منه في السرقة بناء على أنهم لم تبدل فيقطع فالحق عند لا يشكل على هذا أما عندهما فتدقيل لا يقطع لأنه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما أخذ وزمان الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شيء على السارق لأنه لم يملك عين المسروق لأنه بالصنعة صار شيئاً آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه وجه قولهم أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصغير بأن غصب حديداً أو صغيراً فحله سيقاً أو نية وكذا الاسم كان تبرأ ذهاباً فضة فصار دراهم أودنانير وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر بوجوده شرعاً لئلا يسئل أنه لم يعتبر بما أحكم إل باحتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكماً فيقطع وتؤخذ للمالك على أن الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم (قوله ومن سرق ثوبا فصبغه أحر) يقطع به باجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يضمنه (وقال محمد يؤخذ منه الثوب) وهو قول الأئمة الثلاثة (ويعطى قدر ما زاد الصبغ في الثوب اعتباراً بالغصب) فإن غاصب الثوب إذا صبغه أحر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقاً فكذلك في السرقة (والجامع كون الثوب أصلاً والصبغ

شئ) (قوله يجب فيه القطع) من صورة المسئلة أى سرق ذهباً وفضة يجب فيه القطع بان يساوى عشرة دراهم (قوله فلم يملك عينه) أى عين المسروق وهو الذهب والفضة وانما ملك المضروب (قوله

أقول أما تبدله حكماً فلان التبرأ لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركان بخلاف المضروب قال المصنف (فإن سرق ثوبا فصبغه أحر لم يؤخذ منه الثوب) أقول وفي الكثرة صبغه أحر فقطع لا يرد ولا يضمن قال الزيلي في شرحه أى لو سرق ثوبا فصبغه أحر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره في المحيط والكافي ولفظ صاحب الهداية وإن سرق ثوبا فقطع فصبغه أحر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد سرق ثوبا فقطع يده وقصد صبغ الثوب أحر الخ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده انتهى وأنت نجيب بان عبارة الهداية ليست على ما نقله (قوله وهى لا تدل على التعقيب) أقول بل صيغة المضى تدل على التقدم على ما عرف في مباحث الحال

(الانرى انه غير مضمون الى آخره) انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ما قال وتحرر المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (أن الصبغ قائم صورة ومعنى) أما صورة فظاهر فان الحجرة فيه محسوسة وأما معنى فلان المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ (وحق المالك في الثوب قائم صورة) لكنه من الاسترداد (لامعنى) لانه غير مضمون على السارق بالهلاك أو الاستهلاك فكان جانب السارق مرجحا كالمهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه (بمعنى) مسئلة (العصب) يعنى لى اعتبارها صورة النزاع (لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى) فاستويا من هذا الوجه) يعنى الوجود (فربحنا جانب المالك بما ذكرنا) من كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا (وان صبغه اسود أخذ منه الثوب عند أبي حنيفة ومحمد ولا يؤخذ عند أبي يوسف لان السواد زيادة عنده كالحجرة وأما عند أبي حنيفة فان السواد عند نقصان) فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى (فلا يوجب انقطاع حق المالك) وأما عند محمد فان السواد وان كان عنده أيضا كالحجرة لكن لا يقطع حق المالك والله أعلم (باب قطع الطريق) \*

تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو أراد أخذه مصبوغا ضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لامعنى الانرى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فربحنا جانب السارق بخلاف العصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فربحنا جانب المالك بما ذكرنا (وان صبغه اسود أخذ منه في المذهبين) يعنى عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف رجه الله هذا الاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحجرة وعند محمد زيادة أيضا كالحجرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

\*(باب قطع الطريق)\*

تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة) وهو ظاهر وقوله (ومعنى) أى من حيث القيمة (حتى لو أراد) المسروق منه (أن يأخذ الثوب ضمن له) قيمة (الصبغ وحق المالك قائم صورة لامعنى) فانه لو هلك واستهلك عند السارق لا يضمن فمك كان حق السارق أحق بالرجوع كالمهوب له اذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع بذلك (بخلاف العصب لان حق كل) من المصوب منه والغاصب الذى صبغه (قائم صورة ومعنى) لان الغاصب ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو العظم (فاستويا فربحنا المالك بما ذكرنا) من أن الصبغ تابع (قوله وان صبغه) أى السارق (اسود) ثم قطع أو قطع فصبغه اسود (بأن أخذ منه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا الاول سواء) فلا يؤخذ منه (لان السواد زيادة كالحجرة) وهى مانعة من الاسترداد من السارق (وعند محمد هو زيادة) لكن الزيادة غير مانعة كما قال في الحجرة (وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك) في الاسترداد قالوا وهذا الاختلاف عصر وزمان لا يخفى وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ولا يلبسون في زمنهما وفي شرح الطحاوى لوسق سويقا قلته بسمي أو عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ أى الاجر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد يأخذه ويعطى ما زاد السمين والعسل

\*(باب قطع الطريق)\*

أخره عن السرقة وأحكامها لانه ليس بسرقة مطلقا ولا ابتداء هو وما يدخل هو فيه من اطلاق لفظ السرقة فربحنا جانب السارق) فان قبل لوانقطع حق المالك على السارق من حين صبغه فيجب أن يمنع القطع قلنا انما يوجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه بوجه من الوجوه فصار كمنطقة طمها السارق فيجب القطع وان ملك الدقيق لان القطع انما يجب بسرقة المنطقة وبالطعن على الدقيق دون المنطقة تحقيقه أن ثبوت انك للسارق لربحنا الصبغ اكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون المالك تابعا قبله (قوله فاستويا من هذا الوجه) أى من حيث أن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى وربحنا جانب المالك بما ذكرنا أى ما ذكرنا من كون الثوب أصلا قائما فان الثوب باق بنفسه والصبغ باق بالثوب (قوله وان صبغه اسود) أخذ منه في المذهبين يعنى مذهب أبي حنيفة ومحمد رجهما الله فعند أبي حنيفة رجه الله السواد نقصان وليس بزيادة والمسروق اذا انتقص عند السارق لا ينقطع حق المسروق منه فله أن يأخذ الثوب ولا يعطى شيئا عند أبي يوسف ومحمد رجهما الله السواد زيادة لكن محمد رجه الله لا يقول بانقطاع حق المالك بل هذه الزيادة كفى في الحجرة فبأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه كفى في الحجرة وأبو يوسف رجه الله يقول ينقطع حق المالك ولا سبيل عليه كفى في الحجرة والله تعالى أعلم بالصواب

\*(باب قطع الطريق)\*

اعلم بان قطع الطريق يسمى السرقة الكبرى أما تسميتها سرقة لان قاطع الطريق يأخذ المال خفيته سرا بمن اليه يحفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما أن السارق يأخذ المال سرا بمن اليه يحفظ المكان الماخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقام المالك وأما تسميتها بالكبرى لان ضرر قطع الطريق على أصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص المالك بأخذ ما كرمهم وهذا حرمهم

(قوله انما يستقيم اذا كانت الخ) أقول فيه بحث (باب قطع الطريق) \*



قال (واذا خرج جماعة ممنه بن أو واحد بقدر على الامتناع فقصدا وقطع الطريق فاخذوا قبل أن ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدوا ثوبه وان أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعة قسم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما يبلغ قيمة ذلك قطع الامام أيديهم وأرجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا الاقتلهم الامام حدا) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية

بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاختفاء وهو الاختفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الادراك فكان السرقة نفسه مجازا ولذا اتفق السرقة عليه الامم بسدة فيقال السرقة الكبرى ولو قبل السرقة فقط لم يفهم أصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز (قوله واذا خرج جماعة ممنه بن) بقوتهم عن يقصد مقاتلتهم (أو واحد له منعة) بقوته ويجوز له معنى شوكته (يقصدون قطع الطريق) أي أخذ المسارعة فاحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي أو بعتهم بالنسبة الى ما هو أهم منه خمسة أمما بالنسبة الى الجزاء فأما أن ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا بل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى أن أخذوا وخفكهم أن يعزروا ويحبسوا الى أن تظلم قوتهم في الحبس أو يعزروا وامان أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعة قسم أصاب كل واحد عشرة دراهم فصاعدا أو ما يبلغ قيمة ذلك فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى وامان قتلوا مسلما أو ذميا ولم ياخذوا مالا فقتلهم الامام حدا ومعنى حدا أنه لو عتقا أولياءه المقتولين لا يقبل عقوبتهم لان الحد نص لحق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فحق عفا عنهم عصي الله تعالى والرابعة أن ياخذوا المال ويقتلوا واستأق ان شاء الله تعالى وفي فتاوى قاض خان وان قتل ولم ياخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا لأن يكون معناه اذا أمكنه أخذ المال فلم ياخذ شيئا ومال الى القتل فاستأق كفي نظيره أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان وفيها أيضا ان خرج على العاقلة في الطريق وأنحاف الناس ولم ياخذ المال ولم يقتل يعزروا ويحبسوا وهو خلاف المعروف من أنه يجب استئصال النفي المذكور في الآية أو ما بالنسبة الى ما هو أهم فالاربعة المذكورة والخامسة أن يؤخذوا بعد ما أحدتوا قوتهم وأيضا في الكتاب والتقيد بسلم أو ذمي في صدر المسئلة لخرج المستامن فلو قطعوا الطريق على مستامن لم يلزمهم شيء مما ذكرنا من النزع والحبس باعتبار اخافة الطريق وانحاف ذمة المسلمين لان ما له غير معصوم على التابيد وباقي الشروط من كون ذلك في بركة لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك ما يقدمه الشارحون يأتي ذلك كله في الكتاب مفصلا (والاصل فيه) أي في توزيع الاجزى كذا ذكرنا على الجنابات المذكورة (قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا) الآية سمى قاطع الطريق بحاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل أمنه محارب ان اعتمد عليه في تحصيل الامن وأما محاربته لرسوله فاما باعتبار عصبان أمره واما باعتبار أن الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلع والمال بعد فواته فاذا قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربها وهو على حذف مضاف أي يحاربون عبادة الله وهو أحسن من تقدير أولياء الله لان هذا الحكم

ولهذا غلط الحد في حق قطع الطريق كذا في المحيط (قوله واذا خرج جماعة) أطلق اسم الجماعة ليتناول المسلم والكافر والحرب والعبد ذكر في المبسوط واذا قطع قوم من المسلمين أو من أهل الذمة على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة ممنه بن أي متعوبين بانفسهم بحيث يمنعون تعرض الغير عن أنفسهم أو واحسدي قدر على الامتناع أي على التقوى ومنع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته فقتلهم الامام حدا حتى لا يسقط القتل بعفو الأولياء ويسقط حكم المال المأخوذ حقا للعبد والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية أي يحاربون أولياء الله على حذف المضاف لان أحد الايجار بانه ولان المسافر في البراري في أمان الله تعالى وحفظه متوكلا عليه فالتعرض له كانه يحارب الله تعالى والمراد منه التوزيع على الاحوال كانه قال ان يقتلوا قتلوا الخ لا التحيز كانه قال مالك رحمه الله متشبها بظاهر الآية وأثبت ذلك بقوله عليه

اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى أما سرقة بها سرقة فلان قاطع الطريق ياخذ المال سرابن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كالأمن السارق ياخذ المال سرابن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المال أو من يقوم مقامه وأما سرقة كبرى فلان ضرر قطع الطريق على أصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص المالك ياخذ مالهم وهتك حرزهم ولهذا غلط الحد في حق قطع الطريق وانما أخرجه عن السرقة الصغرى لانها أكثر جودا منه قوله واذا خرج جماعة قبل ذكرها في الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والحرو والعبد وأراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله (قتلهم حدا) أي لا يسقط القتل بعفو الأولياء يسمى قطع الطريق محاربا لان المال في البراري محفوظ بحفظ الله تعالى فاذا أخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب

(قوله والاراد منه والله تعالى

أعلم التوزيع على الاحوال) فيه اشارة الى نفي مذهب مالك أن الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة أو وقوله (وهي أربعة هذه الثلاثة

المذكورة) يعني قوله فاختدوا قبل أن ياخذوا مالا

ويقتلوا نفسا وقوله وان أخذوا مالا مسلم أو ذمي وقوله

وان قتلا ولم ياخذوا مالا والرابعة ما ذكر بعد هذا

من القتل وأخذ المال وقوله (ولان الجنائيات تنفاوت

على الاحوال) أي في حسب الاحوال الواقعة في قطع الطريق (فاللائق تغلط

الحكم) أي الجزاء (تغلط الجنابة) بتفاوت الاحوال

لالتخفيف لانه يستلزم مقابلة الجنابة الغليظة بجزاء

خفيف أو بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة

والكلام في هذا البحث قد قررنا في التقرير مستوفى

(قوله فلانه المراد بالنفي المذكور) يعني عندنا فان

الشافعي يقول المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع

وما قلناه أولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ

بما يوجد له نظير في الشرع قال المصنف (ولان الجنائيات

تنفاوت على الاحوال) أقول عطف على التوهم

كأنه قال والمراد والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال

لالتخفيف لان الاجزائية المذكورة في الآية الكريمة

المذكورة في الآية الكريمة

والاراد منه والله أعلم التوزيع على الاحوال وهي أربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنائيات تنفاوت على الاحوال فاللائق تغلط الحكم بتغلطه أما الحبس في الاولى فسلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن أهلها ويعززون أيضا لما شرهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالتمتع والحالة الثانية كما بينها المالواناء وشرط أن يكون الماخوذ مالا مسلم أو ذمي لتسكون العمة مؤيدة ولهذا لو قطع الطريق على المئتمن لا يجب القلع

ثبت بالقطع على الكافر الذي (والمراد من الآية التوزيع) أي توزيع الاجزائية المذكورة على أنواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والليث واسحق وقتادة وأصحاب أحمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والغني وأبو نوري وداود الامام مخير بينه على ما هو ظاهر النص مطلقا وقال مالك اذا رأى الامام القاطع جلد اذا رأى قتله وان كان جلد الارأى له قطعه ولنا ما روى محمد بن عيسى عن أبي يوسف عن الكشي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبوة هلال بن عويمر الاسلمى فجاءه أناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم ياخذ قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاءه مسلم اهدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عن ابن عباس ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم ياخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو أن من المقطوع به ان ما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها اجزائية على جنابة القطع ومن المقطوع به ان هذه الجنابة تنفاوت وخفة وغلظا والعمل بالاملاق المحض للآية يقتضي أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الاجزائية المذكورة وعلى أخفها أغلظ الاجزائية وهذا مما يدفع قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الاغلاظ للاغلاظ والاخف للاخف ولان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالاخذ الآن هذا الاخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكافرة مع اشتهار السلاح جعل المرتبة كالمرتبة فقطع في الاخذ سرقة البدو والرجل معامن غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان الغلظ في هذه الجنابة من جهة الفعل لامتعلقه ولو اختلفت قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما نصب كل واحد منهم نصابا كاملا كفى لاستباح طرفه باقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم بشرط مالك سوى أن يكون الماخوذ نصابا فصاعدا أصاب كلا نصاب أو لا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كفى لا يتوى نصفه وكذا الاحكام السابقة من أنه لو كانت سرقة أهله لا تقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت سرقة أهله لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع له يده وكذا الرجل اليسرى فان قلت ليس في الاجزائية الموزعة الحبس قلنا هو المراد بالنفي وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض أي من وجه الارض لانه

السلام من أخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن أخذ المال وقتل صاب (قوله وهي أربعة) وذكر الامام الترمذي رحمه الله فالاحوال خمس احدها خوفوا الاغبر وهنا عزروا أدنى التعزير وجسوا حتى يتوبوا والثانية أخذوا الاموال في هذا اذا تابوا قبل أن يؤخذوا ثم أخذوا ويحدوا ويؤخذ منهم المال القائم وضمان الهالك ولو أخذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف يعني اليد اليمنى والرجل اليسرى وردوا المال القائم ويسقط ضمان الهالك والثالثة جرحوا الاغبر وفيه القصاص فيما يجزى فيه القصاص والارش فيما لا يجزى والاستيغناء الى صاحب الحق والرابعة أخذوا المال وجرحوا وهذا تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وبطل حكم الجراحات لان حكم مادون النفس حكم الاموال فيسقطوا الخامسة أخذوا المال وقتلوا أو قتل أحدهم رجلا بسلاح أو غيره فالحق هنا للامام على ما هو المذكور في الكتاب (قوله أما الحبس في الاولى) أي في الحالة الاولى وهي ما اذا أخذوا قبل أن ياخذوا مالا ولا يقتلوا نفسا فلانه المراد بالنفي المذكور في الآية وقال الشافعي رحمه الله المراد من النفي الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه أولى لان

وشرط

المذكورة في الآية الكريمة

أولى من الاخذ بما لا نظيره (قوله وشرط كمال النصاب في حق كل واحد الخ) قال الحسن بن زياد ان شرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشر من درهم فاصعد الان التقدير بالعشرة في موضع كان المسحق باخذها (١٧٩) عضوا واحدا وهما المسحق عضوان ولا يقطع عضوان

في السرقة الا في عشرين درهمما وقلنا انما الحد ههنا باعتبار تغلط فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال الساخوذ وفي النصاب هذا الحد وحد السرقة

سواء وقوله (كفى لا يؤدى الى تغويت جنس المنفعة) حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم تقطع رجلاه اليسرى وأما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة فانه تقطع رجلاه اليسرى وقوله (فالامام بالخيار) حاصله أن الامام بالخيار في جمع العقوبتين بين قطع الايدي والارجل مع القتل أو الصلب وبين القتل أو الصلب ابتداء من غير قطع الايدي والارجل وكذلك للامام الخيار عند اختيار ترك قطع الايدي والارجل بين القتل والصلب وكان الخيار للامام في موضعين وهذا قول أبي حنيفة ذكر في الكتاب قول أبي يوسف معه (وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع) وذكر في عامة الروايات قول أبي يوسف معه (لأنه) أي قطع الطريق (جناية واحدة فلا توجب حدين ولأن مادون النفس دخل في النفس كحد السرقة والرجم) فان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل ياتي على ذلك كله قوله (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف وهو ظاهر الرواية

وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كذا لا يستباح طرفه الا بتناوله ماله خضر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كذا لا يؤدى الى تغويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها المائلوناه (ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع (و) الرابعة) اذا قتلوا أو أخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع) لانه جنائية واحدة فلا توجب حدين ولأن مادون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما

لا يتحقق مادام حيا وان حل على بعضهما وهي بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع أذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصير اليه من البلدة الاخرى فعملنا بما عارضه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريفي في الغرر

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها \* فلنسمن الاحياء فيها ولا الموتى

اذا جاءنا السجبان يوما للحاجسة \* عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

ولما رأى ما لشرضى الله عنه أن مجرد النفي لا يغني في المقصود قال يحبس في بلدة النفي ومعلوم أن المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلدة النفي وغيره فافق تعيين بلدة النفي في غير الفائدة المطلوبة (قوله والرابعة) أي من أنواع هذه الجنائية (ما اذا قتلوا أو أخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قطعهم) بل يصلب وقطع (وان شاء صلبهم) أي حيا ثم قتلهم وهذا قول أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف رحمه الله لا يدين الصلب للنص في الحد ولا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعي وأحمد أجاب بان أصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب العربيين ولا غيره صلب أحد امة أن ظاهر النص لا يجتمه الصلب فان قوله أن يقتلوا أو يصلبوا التام فيبدأن يقتلوا بالصلب أو يصلبوا بالقتل لكن يقتل بعد الصلب مصلوبا بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل أو يصلب وفي عامة الروايات من المبسوط وشروح الجامع الصغير ذكر أبي يوسف مع محمد وبه قال مالك ان كان القاطع ذارأي والشافعي وأحمد مع أبي يوسف في أنه لا يدين الصلب ومع محمد في أنه لا يقطع (وجه قولهم انه جنائية واحدة) هي جنائية قطع الطريق (فلا توجب حدين ولأن مادون النفس في باب الحد يدخل في النفس كحد السرقة والرجم) اذا اجتمعان سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف وهذا على

العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما لا نظيره (قوله وشرط كمال النصاب) وقال له للرحمة الله المعبر أن يكون الساخوذ في نفسه نصيبا كاملا سواء أخذوا الواحد والجماعة وهكذا مذهبا في السرقة الصغرى وقال الحسن بن زياد رحمه الله الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشر من درهم فاصعد الان التقدير بالعشرة في موضع كان المسحق باخذها عضوا واحدا وهما المسحق عضوان ولا يقطع عضوان في السرقة الا بائة بار عشر من درهمما ولكننا نقول بغلط الحد هنا باعتبار تغلط فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال الساخوذ وفي النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء (قوله كفى لا يؤدى الى تغويت جنس المنفعة) حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم تقطع رجلاه اليمنى وأما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة يقطع رجلاه اليسرى كذا ذكره الامام الترمذى رحمه الله تعالى عليه (قوله وقال محمد رحمه الله تعالى عليه يقتل أو يصلب) وفي عامة الروايات قول أبي يوسف مثل قول محمد رحمه الله (قوله لانه جنائية واحدة) وهي قطع المارة عن الطريق (قوله كحد السرقة والرجم) يعني أن السارق اذا زنى وهو

قار المصنف (ويقتلون حدا) أقول وفي فتاوى قاصي بخان أنهم يقتلون قصاصا فيبنيها ما لا يجني من الخالفة قال المصنف (والرابعة اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار) أقول فيه أن هذا الخيار منافي لما ذكره آغا ان المراد التوزيع على الاحوال فليتم في التوفيق

أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الأمن على التناهي بالقتل وأخذ المال وهذا كان قطع اليد والرجل معافي الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود دلا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التفسير بين الصلب وتركه وهو طاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخبر فيه ثم قال (ويصلب حيا ويبيع بطنه برح إلى أن يموت) ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي أنه يقتل ثم يصلب توقيعا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به قال (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) لانه يتغير بعد هافيتاذي الناس به وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهائية غير مطلوبة

اعتبار أبي يوسف مع أبي حنيفة لا مع محمد (أن هذه) الجنابة وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل أيضا (عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها) حيث بلغ النهاية في تفويت الأمن (حيث فوت الأمن على المال والنفس بالقتل وأخذ المال) وكونها أمور متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق ألا يرى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذي لم اعتبره أن يتعين القطع ثم القتل لان التوزيع أدى إلى أن من أخذ المال قطع وهو هذا قد أخذ في قطع وأن من قتل يقتل أو يصلب وهذا قتل فيجب أن يجمع له بين القطع والقتل الآن ذلك كان فيما إذا فعل ذلك على الانفراد فما على الاجتماع فإذن أن يؤخذ حكمه من الانفراد فإذن ذلك للأمام وما ذكر من دخول مادون النفس في النفس هو ما إذا كانا حدين أحدهما غير النفس والآخر النفس أما إذا كان ذلك حدا واحدا فلا بد من إقامته فهي أجزاء حد واحد غير أنه ان بدأ بالجزء الذي لا يتلف به النفس فعل الآخر وان بدأ بما يتلف به لا يفعل الآخر لا تنفاه الفائدة وهو الضرب بعد الموت (قوله ثم قال) أي القدر الذي فيها إذا اختار الامام صلبه أو ما إذا قلنا بلزومه على قول أبي يوسف انه يصلب حيا ويبيع بطنه برح إلى أن يموت ومثله عن الكرخي وجه قوله وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع ولان المقصود الزجر وهو بما يحصل في الحياة لا بما بعد الموت الآن يقال النص دل على ذلك فانه قال أن يقتلوا أو يصلبوا فلزم كون الصلب بالقتل لانه معانده بحرف العناد فلا يتصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في الغلط (وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيعا عن المثلة) فانها نسخت من لدن العربيين على ما عرف لا يقال وجه الاول وهو الاصح لا يخفى انه لا يكافئ وجه الطحاوي لانا نقول الحاصل ليس غير صلب وقتل بطن الرمح والشاني هو المعتاد بينهم لان عاداتهم القتل به فليس مثله عندهم كما هو في جدد الذين وقطع الانف وسمر العينين فان كان هنالك مثله فالصلب ليس غريبا وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطع لا يحتمل الشك ثم يخفى بينه وبين أهله بدقنونه وعلمت في كتاب الشهيد أنه لا يصلب على قاطع الطريق (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام لانه يتغير بعد هافيتاذي الناس به وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهائية غير لازمة) من النص وكونه أمرا بالصلب لا يقتضي الدوام بل بقدر ما عرفه لابلأ الاعذار كما في مهلة المرد وغيره كما في مدة الحيار (قوله

بمعن فانه رجم لا غير لان القتل يأتي على ذلك كله (قوله والتداخل في الحدود دلا في حد واحد) ألا ترى أن الجلدات في الزنا لا تتداخل فان قيل هذا فاسد لان الامام أن يقتله ويدع القطع وعلى هذا التعليل ليس له ولاية ترك القطع كالمثل ولا يترك بعض الجلدات قلنا ولا يترك القطع لا بطريق التداخل بل لانه ليس عليه مراعاة الترتيب في اجزاء حد واحد فكان له أن يسد بالقتل لذلك ثم اذا قلنا فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده فلا يشتغل كالزاني اذا ضرب خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في إقامته كذا في

المبسوط

(والتداخل في الحدود دلا في حد واحد) ألا ترى أن الجلدات في الزنا لا تتداخل فان قيل لو كان حدا واحدا لما جاز للأمام أن يدع القطع كما لم يجز له أن يترك بعض الجلدات أحجب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه في اجزاء حد واحد وكان له أن يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قلنا فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزاني خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في إقامته والبعض الشك من حد منع قوله (وعن الكرخي مثله) أي مثل ما نقل عن أبي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويقطع بالرمح حتى يموت وقوله (توقيعا عن المثلة) لانها منسوبة عنها من رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالسكاب العقور وقوله (بما ذكرنا) أي بالصلب ثلاثة أيام قال

(قوله أي مثل ما نقل عن أبي يوسف) أقول فيه بحث كان المراد مثل ما قال القدر

(واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه) اذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه في مال أخذه كالمسروق فقطع يده وكلامه واضح وقوله (انما زوا بهم) أي انهم واد قوله (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) جعله الامام الترمذي حالة خامسة من أحوال قاطع الطريق والمصنف لم يذكرها في الاجال بل قال هي أربعة لان مراد المصنف الاحوال التي تدل عليها الآية المذكورة في النص حداد وهي أربعة كما ذكره قوله (سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المالك) بناء على أن مادون النفس يجري مجرى الاموال فكان سقوط العصمة في حق المالك سقوط العصمة في حق الجرح لان موجب الاورش هو المال لانه لو لم يسقط لصارت شبهة في وجوب القطع اذا الجنائية واحدة وهي قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد علم أن حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله (١٨١) حيث وجب القطع وقوله (فان شاء الاولياء قتلوه) يعني قصاصا

وقوله (للاستثناء المذكور في النص) يريد به قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تعذبوا وعليهم الآية واعترض بان قوله الا الذين تابوا ههنا نظيره وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا قبيل هو استثناء من قوله ولهم في الآخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين وأوجب بان قوله وأولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء وقد قررناه في التقرير بخلاف قوله ولهم في الآخرة عذاب عظيم واعترض أيضا بان التوبة متروكة على أداء المال أولا فان كان الثاني لا يستقيم التعليق بقوله ولان التوبة تتوقف على رد المال وان كل الاول كان الوجه الثاني داخل في الوجه الاول فلا يكون عليه مستغلة اذ لا يصح أن يكون الشيء الواحد جزءا عليه مستغلة بالنسبة الى

قال (واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه) اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه (فان باشر القتل أحدهم أجرى الحد عليهم باجمعهم) لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردا للبعض حتى اذا زلت أقدامهم انما زوا بهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال (والقتل وان كان بعصا أو بحجر أو بسيف فهو سواء) لانه يقع قطع الطريق بقطع المارة (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتصر منه فيما فيه القصاص وأخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء) لانه لا حد في هذه الجنائية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي (وان أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات) لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المالك (وان أخذ بعد ما تاب وقد قتل عددا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان الحد في هذه الجنائية لا يقام بعد التوبة

واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال أخذه) لما بينا في السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع (قوله) وان باشر القتل أحدهم) أي واحد منهم والباقيون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوه (أجرى الحد على جميعهم) فيقتلوا ولو كانوا ثمانية يقتل واحد منهم واحدا (لان القتل جزاء المحاربة) التي فيها قتل بالنص مع التوزيع (والملوكة تتحقق بان يكون البعض ردا للبعض حتى اذا انهمزوا وانما زوا بهم) وقد تحقق الجزاء بجمع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك وأحمد خلافا للشافعي قلنا نه حكم تعلق بالجزاء فيستوفى فيه المباشرة والرد كالتغية ولا فرق بين كون القتل بسيف أو عصا أو حجر فيقتل الكل وان لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالقتل لان هذا ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة ولهذا يقتل غير المباشرة (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) فسا كان من جراحته يجري فيه القصاص (اقتصر وما كان لا يجري فيه ذلك لزمه الارش) ويعرف ما يقتصر به وما لا يقتصر في الجنائيات ان شاء الله رب العالمين وهذا (لانه لا حد في هذه الجنائية) من قطع أو قتل فظهر حق العبد فيستوفيه الولي وان أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله (من خلاف) وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس أي ما حل بهم من تغريق اتصال الجسم بالجراحات (حقا للعبد كما تسقط عصمة المالك) ولذا تبطل الجراحات اذا قتل فقتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان (قوله وان أخذ بعد ما تاب) سقط الحد عنه بخلاف النص قال تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تعذبوا وعليهم الآية فان شاء الله قتلوه (فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان هذا القتل قصاص

(قوله وان أخذ بعد ما تاب وقد قتل عددا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) وكذلك ان أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا أو جرحوا عددا ولكن ما أخذوا من الاموال شيئا فله أو لا يصيب كل واحد منهم نصاب فالامر في القصاص في النفس وغيرها الى الاولياء فان شاؤا استوفوا وان شاؤا عفوا وقد طعن عيسى ربه الله في هذه المسئلة وقال يقتلهم الامام حد لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم الامام حد الا قصاصا وهذا لان ما

حكم واحد وأوجب بان بعض المشايخ ذهبوا الى أن الحد يسقط بنفس التوبة وهي الافلاع في الحال والاجتناب في المالك والندم على ما مضى والعزم على أن لا يعود اليه أبدا ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وذهب بعضهم الى أن الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمصنف جمع بين قول المشايخ من هذا الطريق ذكر الاختلاف الامام المحقق فخر الاسلام في مبسوطه

قال المصنف (وانما الشرط القتل من واحد منهم) أقول لعل فيه تسامحا والمراد بظاهر أي من واحد منهم لا قتل (قوله لان موجب الاورش) أقول الظاهر أن يقال موجب الجرح (قوله وان كان الاول الخ) أقول لنا أن تختار الاول ونمنع قوله كون الوجه الثاني دخلا في الاول فان الدخا فيه هي المقدمة الاولى فقط فان تقر بالوجه الثاني أن التوبة تكون برد المال واذا رد المال فلا خصومة فلا قطع كذا ذكره على أن توفعها على

للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظاهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو ويوجب الضمان اذا هلك في يده واستهلكه

فصح العفو عنه والمصلحة به وحيد لا بد أن يكون قبل محدد ونحوه لان القصاص لا يجب الابنه ونحوه عند أبي حنيفة وكذا اذا كان أخذ الملام تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمه ان كان هالكاً وبأخذه ان كان قائماً لانه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد (فظاهر حق العبد في ماله كحق النفس) وفي المبسوط والمحيط والمال من تمام توبتهم لتقطع به خصوصاً صاحبهم ولو تاب ولم رد المال لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه فقبيل لا يسقط الحد كذا اثر الحد ولا تسقط بالتوبة وقيل يسقط أشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تسقط الحد في السرقة الكبرى بخصوصها والاستثناء في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص وسائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول وعنه ما تسقط لقوله تعالى والاذان ياتينهم منكم فاذ ذوهما فان تابا وأصلها فاعرضوا عنهما ونحن نقطع بان رجم معازر والغامدية كان بعد توبتهم ما والايتة نسوخها انما كان ذلك في أول الامر واذ عرفت هذا فقول المصنف ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله شبه الشافعي لانها اذا توقفت على رد المال فاحذف القاطع قبل الرد أخذ قبل التوبة والاخذ قبل التوبة بعد أخذ المال فيه الجدية طاع البدو الرجل أجيب بفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبته فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي أو استهلكه ومثل ما لو أخذوا بعد التوبة في سقوط الحد والرجوع الى القصاص ونصرف الاولياء فيه وفي المال ما لو أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا ولكن أخذوا من المال قليلاً لا يصيب كالنصاب فان الامر في القتل والجرح الى الاولياء ان شاءوا قتلوا قصاصاً وان شاءوا عفا وقال عيسى يقتلهم الامام حـ اذا لم يسموا قتلوا ولم يأخذوا شيئا من المال قتلهم حـ حد الاقصا صا وهذا لان مادون النصاب كالأعدم ولانه تنغاط جنايتهم بأخذ شيء من المال فلا يسقط الحد والاصح ما ذكر في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود بهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتلهم ليس الا ليلوا اليه فاذا تركوا أخذ المال عرفنا ان قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس دون النصاب لمالم يتعلق به حكم كل وجود كعدمه ولانه تنغاط جنايتهم بأخذ شيء من المال وما تنغاط به الجناية لا يكون مسقطاً ولكن ما قلناه أصح وهو المذكور في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود والظاهر أنهم يقصدون بقطع الطريق أخذ المال وانما يقدمون على القتل ليشككوا من أخذ المال واذا لم يأخذوا عرفنا أن مقصودهم لم يكن المال وانما كان القتل فاجبنا عليهم الحد قتلاً بالقتل الموجود منهم فاما اذا أخذوا الاموال عرفنا ان مقصودهم كان أخذ المال وان اقدمهم على القتل كان للتمكن من أخذ المال فباعتبار ما هو المقصود لا يمكن ايجاب الحد عليهم اذا كان ما يصيب كل واحد منهم مادون النصاب كذا في المبسوط وهذه المسئلة من أعجب المسائل وأمر بحفظها او كونها أعجب من حيث أن ازدياد الجناية بأخذ مادون النصاب مع القتل أو رث في جفته شدة في فعله حيث جعل للعفو مجالا بخلاف ما لو لم يأخذ شيئا وقيل ليس للعفو فيه مجال بل يقتل حداً (قوله للاستثناء المذكور) فان قيل لم ينصرف الاستثناء الى الجملة الاخيرة كافي آية القذف فساوجه الفرق قلنا لان قوله أولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء بل هي حكاية حال قائمة فصارت هذه الجملة فاصلة بين الجزاء والاستثناء فيصير الاستثناء على هذه الجملة وهنا العذاب العظيم في الآخرة جزاء فعله كالذي تقدم فالتحق الاستثناء بالسكل (قوله) ولان التوبة تتوقف على رد المال ليقطع به خصوصية رب المال فان الامام لا يقيم الحد الا بخصوصية صاحب المال في ماله وقد انقطعت خصوصيته لموصول المال اليه قبل ظهور الجرمية عند الامام فيسقط الحد (قوله) ويجب الضمان اذا هلك في يده أو استهلكه فان قيل ان التوبة لما توقفت على رد المال فكيف يقال بوجوب الضمان اذا هلك في يده وبوجوب الحد قلنا الكلام فيما اذا تاب وقد رد مال بعض المتطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض أو هلك في يده حيث تصح توبته

وقوله (ولا قطع في مثله) أي في مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب القطع وقوله (فظاهر حق العبد) يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال (فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو) وقوله (ويجب الضمان) معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص

نفس الامر أمر وملاحظته أمر آخر ولا يستلزم الاول الثاني وهذا كلام اجالي والعاقل يكفيه الإشارة

واعترض بان وجوب الضمان لسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يصور الهلاك أثر الاستهلاك بعد الرد الى المالك وأجيب بانافرض المسئلة فيما اذا تاب ورد بعض (١٨٣) المال بان رد المال بعض المقطوع عليهم

الطريق واسهل مال البعض الاخر وهلاك في يده حيث تصح توبته ويجب الضمان وأقول هذا انما يتم أن لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجلة عند القائلين بذلك فاما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز أن يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الاخر من المشايخ وقوله (وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم) يعني اذا باشر غير العلة صارا للخلل في الاصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله (فصار كالحاطي) مع العائد يعني اذ ارى بسهم الى انسان عداور ما آخر خطا واصابه السهمان معاومات منهما فلا يجب العقاص على العائد لان الفعل واحد فيكون فعل الحاطي شبهة في حق العائد وقوله (فقد قيل ناويله) ذهب أبو بكر الرازي الى أن المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

(وان كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذورحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقيين) فالمد كورفي الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر وعن أبي يوسف انه لو باشر العقلاء بمجدد الباقيين وعلى هذا السرقة الصغرى له أن المباشرة أصل والردة تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولها ما أنه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقيين بعض العلة توبة لا يثبت الحد كما في كالحاطي مع العائد وأما ذورحم المحرم فقد قيل ناويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

الا للمال فيقتص منهم ان شاء الولي وتجري فيه أحكام القصاص (قوله وان كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذورحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقيين) فظهر أن حكم القصاص يقتضي تضمين المال والجراحات وفي المبسوط تأويلوا فيهم بعد قطع يد حرد فعه مولاه أو فذاه كولو فعلة في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيمادون النفس فيبقى حكم الدفع والفسداء فان كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعلم اديبه اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عدم لاعتقاله العاقلة قال المصنف (فالمد كورفي الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر وجههما الله عن أبي يوسف انه لو باشر العقلاء) الاخذ والقتل (بحد الباقيين) وان باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقيين قبل كان الوجه أن يقول قال أبو يوسف بعد أن قال المد كورفي الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر أو يقول المد كور ظاهر الرواية عن أصحابنا وعن أبي يوسف كما قال القدوري في شرحه مختصر الكرخي وغيره ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن الباقيين فان العقلاء ما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين (وعلى هذا السرقة الصغرى) ان ولي المجنون أو الصبي اخراج المتاع سقط الحد عن الكل وان ولي غيرهما قطعوا لا الصبي والمجنون وقالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم لا يسقط الحد عن غير الصبي والمجنون وذو الرحم لانما شبهة اختص بهم واحد فلا يسقط الحد عن الباقيين (لا ييوسف أن المباشرة أصل والردة تابع ففي مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد أن لا خلل في الاصل) فيحد الباقيين (وفي عكسه) وهو أن يباشر الصبي والمجنون (ينعكس المعنى) وهو السقوط عن الاصل فان السقوط حينئذ في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقيين فلا يحدون (ولهما) أي لا يي حنيفة ومحمد وجههما الله (أن قطع الطريق جناية واحدة) لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنهم لا تتحقق في الغالب الا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة (قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا) لعدم تشبهة أو عدم تسكيف لا يوجب في حق الباقيين لان (فعل الباقيين) حينئذ (بعض العلة) ببعض الحكم وصار كالحاطي مع العائد (اذا اجتمع في قتل معصوم الدم يسقط القصاص عن العائد) وأما ذورحم المحرم فقد قيل ناويله (أي ناويل سقوط الحد عن الكل) (أن يكون المال مشتركين المقطوع عليهم) وفي القطاع ذورحم محرم من أحدهم

(قوله واعترض بان وجوب الضمان الخ) أقول العترض هو السكاك والاتقاني (قوله وأجيب بانافرض المسئلة الخ) أقول المجيب هو السكاك والاتقاني (قال المصنف قول أبي حنيفة وزفر) قول

وبجب الضمان وفي معالي الاخبار للكل بادي رحمه الله أن من أن ذمال الغير لغرض وأتلف البعض ثم ندب على ذلك الصنع ورد ما بقي على عزم تدارك ما فات يكون تابا وذكرك في الاصل أن رد المال منهم للتوبة فيكون نفس التوبة شبهة في ذور الحد فظهر حق العبد في العفو والتضمين (قوله لو باشر العقلاء بمجدد الباقيين) أي الباقيين من الذين لم يباشروا القتل من العقلاء الباقيين (قوله وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم) أي اذا باشر الصبي والمجنون يسقط الحد لان الخلل ههنا في الاصل وهو المباشرة (قوله فصار كالحاطي مع العائد) أي اذا اشتركا في القتل فانه لا يجب العقود (قوله فقد قيل ناويله اذا كان المال مشتركين المقطوع عليهم) قال أبو بكر الرازي رحمه الله المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركين المقطوع عليهم وفي قطع

أي قوله ما قول واحد فلا يخبر في قوله وعن أبي يوسف قال المصنف (لو باشر العقلاء) أقول أطلق العقلاء ليدل على السكاك فالمراد العقلاء الباقيون



وفي قطاع الطريق ذورهم محرم من أحدهم فإنه لا يجب الحد على الباقي لان الماخوذ شيء واحد فإذا امتنع عن أحدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقيين وأما إذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحديد يجري عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا يتعلق به غيره كلاسرو قوامن حرز ذي الرحم المحرم من أحدهم مالا (١٨٤) ومن حرز اجنبي مالا آخر بخلاف ما إذا سرق قوامن حرز ذي الرحم المحرم ماله وماله غيره

والاصح أنه مطلق لان الجنابة واحدة على ما ذكرناه فلا امتناع في حق البعض بوجوب الامتناع في حق الباقيين بخلاف ما إذا كان فيهم مستامن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه أما إذا امتنع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد (وإذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء) اظهر وحق العبد على ما ذكرناه فان شأوا قتلوا وان شأوا عفووا وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة

فلا يجب الحد على الباقيين باعتباره انصيب ذي الرحم المحرم وتصير شبهة في انصيب الباقيين فلا يجب الحد عليهم لان الماخوذ شيء واحد فإذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة امتنع في حق الباقيين فاما إذا لم يكن المال مشتركا فان لم ياخذوا المال الامن ذي الرحم المحرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار الماخوذ من ذلك الغير (والاصح أنه يجري على الاطلاق) وأنهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانه حرز بحرز واحد وهو القافلة (والجنابة واحدة) وهي قطع الطريق (فلا امتناع في حق البعض بوجوب الامتناع في حق الباقيين) بخلاف السرقة من حرز من كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما (قوله بخلاف ما إذا كان فيهم) أي في المقطوع عليهم شريك معاوض لبعض القطع لا يحدون كذا في الرحم المحرم (قوله بخلاف ما إذا كان فيهم) أي في المقطوع عليهم وهو القافلة (مستامن) جواب عن مقدرو أن القطع على المستامن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذلك يجب عند اختلاط المستامن كذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم أجاب بان (الامتناع في حق المستامن) انما كأن لخلل في عصمة نفسه وماله وهو امر يخصه أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد) فيصير كان القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (وإذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شأوا عفووا وان شأوا اقتصوا) ويجري الحال في المال على ما ذكر من قريب ولو لم يقع القتل والاختلاط في المستامين لاحد عليهم ولكن يضمنون أموال المستامين لثبوت عصمة أموالهم لئلا يكون معصوما على التابيد والله تعالى أعلم (قوله) وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد) وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا يجب الحد وإذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة أو بمنقل عندهما ورد المال ان أخذه وهو قائم وضمانه ان هلك أو استلمه

الطريق ذورهم محرم من أحدهم حتى لا يجب باعتبار انصيب ذي الرحم المحرم فيصير شبهة في انصيب الباقيين فاما إذا لم يكن المال مشتركاً بينهم فان لم ياخذوا المال الامن ذي الرحم المحرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال الماخوذ من الاجنبي والاصح أنه يجري على اطلاقه لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانهم قصدوا أخذ ذلك كله بفعل واحد فإذا تمكنت الشبهة في بعض ذلك المال في حقهم فهو كمتكمن الشبهة في جميعه (قوله على ما ذكرناه) اشارة الى قوله أنه جنابة واحدة قامت بكل (قوله فيهم) أي في المقطوع عليهم (قوله لخلل في العصمة) وهو يخصه نظيره لو سرق مال المسلم مع مال المستامن من بيت يسكنان فيه يجب القطع على السارق لو جرد تمام السرقة وهو أخذ مال معصوم من الحرز وسقوط العصمة في حق المستامن لا يخلل بالسرقة لانه يختص به فكذلك هنا (قوله أما هنا الامتناع) لخلل في الحرز) كدار يسكنها أخو السارق واجنبي سرق مال الاجنبي لا يقطع لما أن لخلل في الحرز فكذلك هنا (قوله

لان الشبهة هناك في الحرز ولا يعتبر بالحرز في قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله (والاصح أنه مطلق) أي ليس بمقتيد بكون المال مشتركاً لان الجنابة واحدة على ما ذكرناه) لا يبي حنيقة وزفر (فلا امتناع في حق البعض بوجوب الامتناع في حق الباقيين) بخلاف السرقة من حرز من كل واحد من آخر لان كل واحد من الفعلين منفصل عن الآخر حقيقة وحكما وقوله (بخلاف ما إذا كان فيهم مستامن) جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستامن لا يوجب الحد كالمقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي أن يسقط وجود المستامن فيهم أيضا وتقرير الجواب أن الامتناع في حق المستامن لخلل في العصمة (وهو) أي اللخل (يخص المستامن) فلا يصير شبهة لان الشبهة في غير الحرز لا تؤثر في الذي لا شبهة فيه كما إذا سرق الجور عشرة دراهم وأما وجود ذي الرحم المحرم من قطاع الطريق فيبورت شبهة في الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كقريب سرق مال القريب

(ومن)

ومال الاجنبي من بيت القريب فإنه لا يقطع لشبهة تمكنت في الحرز

(قوله ذي الرحم المحرم من أحدهم) أقول ذي رحم من أحد السارق قال المصنف (فصارت القافلة كدار واحدة) أقول الاولى كبيت واحد لانه قد يكون في الدار الواحدة مقاصير كمسكن

(ومن قطع الطريق لسلامة أو في المصراو بين الكوفة والخيرة فليس بقاطع الطريق) استحسننا في القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لو جوده حقه. وعن أبي يوسف أنه يجب الحد إذا كان خارج المصراو كان بقر به لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالاسلح او ليلا به وبالحشب فهم قطاع الطريق لان السلاخ لا يابث والغوث يبطى بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصرو بقر بعنه لان الظاهر لحوق الغوث الانهم يؤخذون برد المال يصلح الا لا يقي الى المقتضى ويؤدون ويجدون لارتكابهم الجنائية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا (ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلة عند أبي

وقوله (ومن قطع الطريق) وقوله (ولا يتحقق ذلك في المصرو بقر بعنه) تدور البعد بين المصرين وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله (ومن خنق رجلا بالتخفيف من خنقه اذا عسر حاقه والخنق قاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الغارابي

(قوله) ومن قطع الطريق لسلامة أو في المصراو بين الكوفة والخيرة) وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يصل عمران احدهما بالآخرى (فليس بقاطع الطريق) استحسننا (وكذا بين القرية) يتبين واحد بعضهم امكان القطاع أن يكون في قرية بينهما وبين المصرو مسيرة سفر في ظاهر الرواية (وفي القياس) أن (يكون قاطعا وهو قول الشافعي) فان في وجوبهم من أخذ في البلد ما لا مغالبة فهو قاطع طريق (وعن أبي يوسف أنه اذا كان خارج المصرو ولو بقر بعنه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث) لانه يحارب بل بجاهرته هنا غلظ من بجاهرته في المغازاة ولا تفصيل في النص في مكان القطاع وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستمتاع فهو محارب وعنه لا يحارب الا على قدر ثلاثة أميال من العمران وتوقف أحد مرة أو أكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث (وعن أبي يوسف في رواية أخرى ان قصده بالاسلح ثم اراد في المصرو فقاطع وان كان بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والجحر (لان السلاخ لا يابث) فيتحقق القطاع قبل الغوث (والغوث يبطى بالليالي) فيتحقق بلا سلاخ وفي شرح النجاشي الفتوى على قول أبي يوسف قال المصنف (ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصرو وما يقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث) وأنت تعلم ان الحد المذكور في الآية لم ينط به في قطع الطريق وانما هو اسم بين الناس وانما أتى بقطع المارة بعبادته على ما ذكرنا من تقدير المضاعف وذلك يتحقق في المصرو وخارجه ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة أيام بين المصرو والقطاع ولا شك في أن ليس لحوق الغوث في ذلك المقدر نهارا وهو ما عايناه للظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قاطعا فيسبيلهم أن يضربوا ويحبسوا وان قتلوا لم يلزم القصاص وأحكامه وان أخذوا ما لا ضميره اذا تلغوه وعلى تقدير أنهم قطاع ان قتلوا قتلوا واحدا فلا يقبل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضربون على ما سمعت وقوله (لما بينا) أي من قوله اظهروا حق العبد عند اندفاع الحد (قوله) ومن خنق رجلا حتى قتله لزمته الدية على عاقلة عند أبي

لان الظاهر لحوق الغوث) أي من الامام والناس فلا يمنع الطريق فلا يتحقق القطاع ولان السبب محاربة الله تعالى وهي انما تتحقق في المغازاة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيصير في حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن يتعرض له يكون محاربا لله تعالى فاما في المصرو وفيما بين القرية فيلحقه الغوث من السلطان والناس وهو يعتمد عليه ما فيه يمكن النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحسد وقال بعض المتأخرين ان ابا حنيفة رحمه الله اجاب بذلك بناء على عادة أهل زمانه فان الناس في المصرو وفيما بين القرية كانوا يحملون السلاخ مع أنفسهم فيتحقق بذلك دفع قاصد قطاع الطريق ولو تحقق يكون نادرا فلا يبنى الحكم عليه وكذا يندرج بين الجيرة والكوفة لا اتصال عمران أحد الموضعين بالموضع الآخر فاما الا أن قصده صار كالجريه وتكرر كواعادة حمل السلاخ في الامصار فيتحقق قطع الطريق في الامصار وفيما بين القرية وعن أبي يوسف رحمه الله في المصرو وفيما بين القرية ان قطعوا بالاسلح حدوا وان قطعوا بالجحر أو بخشب نهارا وان كان ليلا حدوا لان السلاخ لا يابث فلا يلحقه الغوث وأما الخشب والجحر فيلحقه الغوث وقيل الغوث بالليالي فالامران فيها على التساوي (قوله لما بينا) اشارة الى قوله قبله لانه لا حد في هذه الجنائية فظهر حق العبد (قوله) ومن خنق بالتخفيف والله تعالى أعلم بالصواب

حنيفة) وهي مسألة القتل بالثقل وسنين في باب الدييات ان شاء الله تعالى (وان خنق في المصر غير مرة قتل به) لانه صار ساعيا في الارض بالفساد في دفع شره بالقتل والله تعالى أعلم

حنيفة وهي مسألة القتل بالثقل وسنين ان شاء الله تعالى في الدييات) وظاهر أنها ليست مسألة المثل والتما المعنى أن مثلها في ثبوت الشبهة عند في العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد في أنه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة في إيلا، وادخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك (فان خنق غير مرة قتل) الآن لانه ظهر قصده الى القتل بالخنق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم صار يعتمده (ولانه صار ساعيا في الارض بالفساد) وكل من كان كذلك (يدفع شره بالقتل) \* (فروع) \* نص في الاصل على أن العبد والمرأة في حكم قطع الطريق كغيرهما أما العبد فظاهر وأما المرأة فكغيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي لان الواجب قطع وقيل وهو كالجرح في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها وذلك كراي الكرخي أن حدة ناع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هو المحاربة والمرأة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي ألا يرى أنها في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يستوي بين الرجل والمرأة فكذلك في العقوبة المسخقة بالمحاربة ولو لم يكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد وفي الصبيان والمجانين لعدم أهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف اذا قطع قوم الطريق ومعه امرأة فبأشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فانه يعاقب الحد عليهم لاعتبارها وقال محمد يعاقب عليها ولا يعاقب عليهم وذكر ابن سماعه عن محمد عن أبي حنيفة أنه يدرأ عنهم جمع الكون المرأة فيهم وجعل المرأة كالصبي والعجب ممن يذكر هذه أعني كون المرأة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين معهما ما يترك نقل ما في المبسوط من أنها كالرجال منسوبة الى ظاهر الرواية تقع مساعدة الوجه وورد النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كذا كرنا ومن نقل ذلك صاحب الدراريق وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهم مع ضعف الواجهة المذكورة في التفرقة مثل الفرق بضعف البينة في أصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة الا بالله وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق يقتلن وأخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من أنهن لسن محاربات وعمله بان المرأة اذا قالت العدو وأسرت لم تقتل وانما قتلن يقتلن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالقرار مرة واحدة وأبو يوسف شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى ويقل رجوع القاطع كفي السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال ان كان أقرب به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القاطع أو الاقرار ولو شهد أحدهما بالمعاينة والاخر على اقرارهم به لا يقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على أبي الشاهر وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا عينا وعلى أصحابنا وأخذوا مالنا لا يقبل لانهم ما شهدوا أنفسهم ولو شهدوا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف أو لا يعرف لا يقيم الحد عليهم الا بمحض من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستأمنين أو في دار الاسلام في موضع غلب عليه أهل البني ثم أتى بهم الى الامام لا يضي عليهم الحد لانهم باسروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفي موضع لا يجري به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم فلا يفعله ومثله تقدم في الزنا في دار الحرب ولو دفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال فضمهم وسلمهم الى أولياء القود فصالحوهم على الدييات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقيم عليهم الحد اما التقدم العهد وفيه نظر أو لعدم الخصم وقد سقطت خصومتهم بما وصل اليهم أو لقضاء الاول فيتم بذلك لغاذه اذ هو في فصل بجهت نفسه من تقرر الضمان واذا قضى القاضي عليهم بالقتل وجبهم لذلك فذهب أجنبي فقتلهم لاثني عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة أطرافه ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه لا طريق اقتص منه لانه قتل نفسه معصومه ثم لا يقضى القاضي بحل دمه بمذمة البينة بعد ما قتل اغوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القتلى

\*(كتاب السير)\*

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن المعنى في غيره وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به الآن الحدود معاملة مع المسلمين غالباً أو على الخصوص في حدد الشرب وفي السير المعاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين أولى (والسير جمع سيرة) وهي فعلة من السير (وهي الطريقة في الأمور وفي الشرع تختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه) قال في المغرب أصل السيرة مع السير الا أنهم غلبت في لسان الشرع على أمور الغزاة وما يتعلق بها كالناسك على أمور الحج والمغازي جمع الغزاة من غزوات العدة فصدته للقتال وهي الغزوة والغزاة والمغزاة

\*(كتاب السير)\*

(قوله وذلك الغير يتأدى بفعل المأمور به) أقول احتراز عن مثل الوضوء فان ذلك الغير فيه لا يتأدى بفعل المأمور به بل يقتصر الى اثنين به على حدة وهو الصلاة وتفصيله في كتب الاصول في باب الامر (قوله الآن الحدود معاملة مع المسلمين الخ) أقول أي بلا اراد شيء أجنبي بينهما فلا يراد أن يقال يكفي في بيان وجه التقديم أن يقال لان الحدود معاملة مع المسلمين الخ ومعاداه غير محتاج اليه

\*(كتاب السير)\*

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الأمور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه الصلاة والسلام في مغازيه الى الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يلزمه شيء لظهور أنه استوفى حق نفسه ولو أن لصوا أخذوا متاع قوم فاستغنوا بقوم وخرجوا في طلبهم ان كان أو باب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدر على رد المتاع عليهم وان كانوا يعرفون مكانهم ولا يقدر على الرد عليهم لا يجوز لهم أن يقتلوه لان القتال للاسترداد للرد على أرباب الا وال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شيء عليهم لانهم قتلوه لاجل مالهم فان فرغ منهم الى موضع أو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لاجل مالهم وكذا لو فرج رجل من القطار فلقوه وقد أتى نفسه في مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم لاجل الا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل أن يقتل دون ماله وار لم يبلغ نصابا يقتل من يقتله عليه لا طلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد

\*(كتاب السير)\*

أورد الجهاد عقيب الحدود ولأنه بعد أن ناسبها وجهين باتحاد المقصود من كل منهما ومن مضمون هذا الكتاب وهو اخلاء العالم من الفساد ويكون كل منهما محاسناً لحسن السير وذلك الغير وهو اعلاء كلمة الله تعالى يتأدى بفعل نفس المأمور به وهو القتال وجب تأخير عنهما الوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد أعظم كل فساد وأقبحه والعادة في التعاليم الشرع فيها على وجه الترتيب من الأدنى الى ما هو أعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم ما يتعلق بالمسلمين أولى ولا يخفى أن له مناسبة خاصة بعباد الله فإذا أورد به بعض الناس عقيباً قبل الذكاح لانه عبادة بخلاف النكاح (والسير جمع سيرة) وهي فعلة بكسر الغاء من السير فيكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة للهيئة بكلمة وخبرة وقد استهجمات كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب في لسان أهل الشرع على الطرائق المأمور بهما في غزاة الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وفتح المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو أيضاً أعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقناله ان لم يقبلوا في غير كتب الفقه يقال كتاب المغازي وهو أيضاً أعم جمع مغزاة مصدر اسماعيا لغزاة الاعلى الوحدة والقياسي غز و غزوة للوحدة كضربة وضرب وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم بقتال الكفار وهذا فضل الجهاد عظيم وكيفية لا وحاصله بذل أو المحبوبات وادخال أعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله تعالى وتقر بأبداك اليه سبحانه وتعالى وأشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام وبجانبه أهو يتناول اقال عليه الصلاة والسلام وقد رجع مع مغزاة رجعتان من الجهاد الا صغرى الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا أنه عليه الصلاة والسلام أخر في الفضيلة عن الصلاة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله أي الاعمال أفضل قال الصلاة على ميقاتها قلت ثم أي قال بر الوالدین قلت ثم أي قال الجهاد في سبيل الله ولو استزنته لادنى رواه البخاري وقد جاء أنه صلى الله عليه وسلم جعله أفضل بعد الايمان في حديث أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي العمل أفضل قال ايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا قال جبر ومرتقى عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما يحصل كل على ما يليق بحال السائل فاذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من هيئته واستعداد زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه أفضل عن ايس مثله في الجلالة والغناء وفيه نظر ولان المذكور في الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هي الغرائض وفي هذا لا يرد في أن المواظبة على

\*(كتاب السير)\*

السير هي جمع سيرة وهي الطريقة في الأمور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه وفي

أداء فرائض الصلاة وأخذ النفس بها في وقتها على ما هو المراد من قوله الصلاة على ميعاتها أفضل من الجهاد  
ولان هذه فرض عين وتتكبر رواجها لايس كذلك ولان افتراض الجهاد ليس الا لايمان واقامة الصلاة  
فكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلاة حسنة لغيرها وهي المقصود منه على ما صرح به عليه الصلاة  
والسلام في حديث معاذ وفيه طول الى أن قال والذي نفس محمد بيده ما تشبه وجهه ولا اغبرت قدم في عمل  
يبتغي به درجات الاخرة بعد الصلاة المفروضة كجهاد في سبيل الله سبحانه الترمذي واذا لشك في هذا عندنا وجب  
أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلغة الايمان في حديث أبي هريرة ويكون من عموم المجاز أو يرجع  
زيادة قوله الراوي وهو ابن مسعود رضي الله عنه وجماعته من الاحاديث السابقة والحق أنه ليس فيه معارضة  
لانهم يذكر الصلاة فيه أصلا فاعلمنا فيه أنه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق اذا كان بعد الصلاة وهي قبله بعد  
الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود ومن الاحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصيص رضي الله عنه أن  
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله أفضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة  
رواه الحارثي كرم الله على شرط البخاري وعن أبي هريرة قيسيل برسول الله ما بعد الجهاد في سبيل الله قال  
لا تستطعمونه فاءدوا عليه من ثياب أو ثلثا كل ذلك يقول لا تستطعمونه ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل  
الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفر عن صلاته ولا صيامه حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن  
أبي هريرة رضي الله عنه عليه الصلاة والسلام من احتبس فرس في سبيل الله ايماناً بالله وتصدىقا بوعده فان  
شبهه وريته ورويه وبوله في ميترته يوم القيامة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الباط وهو الاقامة في مكان  
يتوقع هجوم العدو فيه لصدقه الله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان  
رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان  
مات فيه أجرى عليه عمله الذي كان يعمل وأجرى عليه رزقه وأمن الغتان رواه مسلم زاد الطبراني وبعث يوم  
القيامة شهيداً وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع عن مات مرابطاً أمن من الغزاة الاكبر  
ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة رضي الله عنه يوم القيامة آمن من الغزاة وعن أبي امامة عنه عليه  
الصلاة والسلام قال ان صلاة المرابط تعدل خمسمائة صلاة ونفقة الدينار والدرهم منه أفضل من سبعة مائة  
دينار ينفقه في غيره هذا واختلف المشايخ في المحل الذي يتحقق فيه الرباط وأنه لا يتحقق في كل مكان ففي  
النوازل أن يكون في موضع لا يكون وراه اسلام لان مادونه لو كان رباطاً على المسلمين في بلادهم مرابطون  
وقال بعضهم اذا غار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطاً الى أن يعين سنة واذا غار وامرتين  
يكون رباطاً الى مائة وعشرين سنة واذا غار وثلاث مرات يكون رباطاً الى يوم القيامة قال في الفتاوى  
الكبرى والمختار هو الاول واعلم أن ما ذكر من كون محل الرباط ما رواه المسلمين ذكر في حديث عن  
معاذ بن أنس عنه عليه الصلاة والسلام من حرس من وراه المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوعاً  
لا يأخذ سلطان لم ير النار بعينه الا تحلة القسم فان الله يقول وان منكم الاوردهار واه أبو يعلى وفيه لين  
محمول في المنايعان وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت احاديث كثيرة ليس فيها سوى  
الحراسة في سبيل الله ولحق هذه المقدمة بحديث البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه عليه الصلاة والسلام قال تعس  
عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخيصة زاد في رواية وعبد القطيعة أن اعلى رضي وان لم يهبط سقط تعس  
وانت كس واذا شئت فلا تنقش طوي لعبد آخذ بنان فرسه في سبيل الله أشعر رأسه مغبرة فدهان كان في  
الحراسة كان في الحراسة وان كان في الساقية كان في الساقية ان استاذن لم يؤذنه وان شفع لم يشفع (قوله)

المنشور السير جميع سيرة وهي فعلة من السير وقد يراد به السير الذي هو قطع الطريق وقد يراد به السيرة في  
المعاملات يقال سار أبو بكر رضي الله عنه بسيرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وسبب المغازي سير الان أول  
أمورها السير الى العدو وأن المراد به سير الانام ومعاملاته مع الغزاة والانصار ومنع العداة والكتفار وذكر في  
المغرب أصل السيرة حالة السير الا أنهم اغتابت في لسان صاحب الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالمنازل

قال (الجهاد فرض على الكفاية) قيسل الجهاد هو الدماء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار حرا بعلينا وهو فرض كفاية (اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقيين أما الغرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) وهو دليل قطعي في بغيده

قال المصنف (الجهاد فرض على الكفاية) أقول أي فرض لأجل كفاية متهم ديني على أن يكون على لأجل كفاية قوله تعالى ولا تكفروا بالله على ما هذا كأي له دأيتة أياكم ويجوز أن يكون للمصاحبة كفاية قوله تعالى وآتى المال على حبه ويحوز أن يكون المضاف مقدرا وعلى الاستعلاء أي على أهل الكفاية على أن المصدر بمعنى اسم الفاعل أي على الكفاية فيكون المراد تقرر الغرضية والافهوه فرض على الكل ابتداء على المختار وفي المحيط البرهاني والذخيرة قال أبو حنيفة الجهاد واجب على المسلمين إلا أن المسلمين في سعة من ترك الجهاد حتى يحتاج اليهم واختلف عبارة المشايخ في ذلك قال بعضهم الجهاد واجب على المسلمين فإذا جاء النغير فهو فرضية وقرق هذا القائل بين الفرضية والواجب والفرق بينهما ظاهر نظر الى الاحكام حتى ان الصلاة المندورة لا تؤدي به صلاة العصر وتقضى الغوائت بعد العصر وبعضهم قال الجهاد قبل النغير تطوع وبعد النغير فرض عين ومنه سمى الغزاة مطوعة أي متطوعة قال الله تعالى الذين يازرون المطوعين من المؤمنين أو أاد المنطوعين وأكثرهم أنه فرض على كل حال غير أنه قبل النغير فرض كفاية وبعد النغير فرض عين (١٨٩) وانما عرفت فرضية الكتاب قال الله تعالى فاقتلوا

المشركين حيث وجدتموهم انتهى ونحن نقول هذا يدل على أن مراد صاحب الهداية بقوله الجهاد فرض على الكفاية هو الفرض القطعي الذي يكفر جاحده فان قيل فيلزم أن يكفر من قال بوجوبه أو استحبابه من أصحابنا ومن غيرهم حيث قال السرخسي في المحيط الجهاد فرضية محكمة وقضية بمحمومة يكفر جاحدها ويضل عاندها وكذا قال صاحب الاختيار الجهاد فرضية محكمة ويكفر جاحدها ثبت فرضيتها بالكتاب والسنة واجماع الامة قلنا انما يكفر منكر الفرض لو لم يكن مؤولا قال في معراج الدراية وأجعت

قال (الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط على الباقيين) أما الغرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين

الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقيين) وهذا واقع موقع نفسه فرض الكفاية (أما الغرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) حيث وجدتموهم وقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله تعالى فاقتلوا المشركين حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى أنفروا خفاة فأنفروا لجاهدوا باموالكم وأنفسكم في سبيل الله وقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله والتخصيص للمعتبر عند أهل الأصول فصرح العام على بعض ما يتناوله دليل مستقل لفظي مقارن للمعنى وبهذه ينتفي ما نقل عن الثوري وغيره أنه ليس بفرض وأن الامر به للندب وكذا كتب عليكم قتالهم كقوله كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تركا خيرا الوصية ونقل عن ابن عرو ويحب حله ان مع على أنه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهي عومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض والجواب أن المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرفت وبالتخصيص به لا يصير العام ظني امارا ما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك أن النص معقرون بما يعقده بغيرهم وهو من بحيث يحارب لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فافاد أن قتالنا المأمور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوا المشركين حتى لا تكون فتنة أي لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالاكره بالضرب والقتل وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرفت في السير فاصرا أنه سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين الى أمور الحج وقالوا السير الكبير فوصفوها بصيغة المذكر لقيامها مقام المضاف الذي هو الكتاب كقولهم

الامة على فرضية الجهاد وفي الايضاح خبر الواحد اذا تأيد بالكتاب والسنة والاجماع يفيد الغرضية وههنا كذلك قوله وهو أي الجهاد فرض على الكفاية وبه قال أكثر أهل العلم الا ابن المسيب فانه قال فرض عين للعمومات في النصوص وحتى عن ابن شبرمة والثوري أنه غير واجب وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمر وبن دينار أن الغزو واجب قالوا ما علمناه واجبوا وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تركا خيرا الوصية انتهى فان قيل قوله وأجعت الامة على فرضية الجهاد بخلاف ما يقوله بعدم من أنه حتى عن ابن شبرمة والثوري أنه غير واجب وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمر وبن دينار أن الغزو واجب قالوا ما علمناه واجب قلنا قوله حتى يدل على أن ما قولنا آخره وأظهر القولين منهما وهو القول بالوجوب وسؤول كلام ابن عمر وعطاء وعمر وبن دينار بان مرادهم الغرضية على الكفاية نعم لا يلائم ذلك التاويل قوله وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تركا خيرا الوصية فليست امل (قوله قبل الجهاد هو الدماء) أقول القائل صاحب النهاية نقله عن التفتة وهو تعريف الجهاد الشرعي (قوله الى الدين) أقول أي الى حكم الدين (قوله بالنفس والمال) أقول الواو ههنا بمعنى أو قال المصنف (أما الغرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين)

الغرضية (واقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة) أي نافذ من مضى في الارض مضياً نافذاً فأن قيل كيف يصح التمسك على دعوى الغرضية بخبر الواحد أجيب بان خبر الواحد اذا تأيد بالحنة القطعية صح إضافة الغرضية اليه وههنا تأيد هذا الحديث بقوله تعالى فاقتلوا و بالاجماع وقوله نظر لانا لاناسم انه اذا تأيد بالقطعي أهذا الغرضية فان الغرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعي لا بخبر الواحد و يمكن أن يقال الخبر لم يذكروه للدلالة على الغرضية بل لبيان دوامه و بقاءه الى يوم القيامة فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز أن يكون بياناً لما احتمله النص (وأما كونه فرضاً على الكفاية فلا نه ما فرض لعينه لكونه افساداً في نفسه) بخبر يبيد البلاد واقتناء العباد لكن (لا عزازدين الله ودفع الشر عن العباد) فاذ حصل المقصود بالبعض سقطت عن الباقي كصلاة الجنائزة وورد السلام) والمراد بالسكراع الخليل

أقول فان قيل انه عام يخص منه البعض وهو لكونه حجة فيها شبه لا يصلح دليل الغرضية وانما قلنا انه يخص منه البعض فانه قد خص من قوله تعالى اهلوا الصبيان والمجانين والعبيد والنساء والاعمى والمقعود وخص من المشركين أيضاً المستامن والذي قلنا أما تخصيص الصبيان والمجانين من الامر فبالعقل كما صرح به في كتب (١٩٠) الاصول فلا يقدح في قطعية النص وأما تخصيص البواقي فلا نسلم أنه ليس بطريق النسخ

وأيضاً لانسلم انه قد خص المستامن والذي ونحوهما من المشركين لم لا يجوز أن يكون اللام للعهد والمهودون هم الذين ذكروا في قوله وفاتلوا في سبيل الله الذين يقتلونكم قتلاً مسل على أنه لا يبعد أن يكون المصنف مخرطاً في سلك العلماء القائلين بان تخصيص العموم لا يضر في كون العام قطعياً في الباقي وما ذكرناه هو المختصر مما أورد على الشارح الاكل حيث قال وهو دليل قطعي قال المصنف (واقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيامة) وأراد به فرضاً باقياً) أقول الغرضية مستفادة من قوله

ماض أي نافذ والنفاذ انما هو في الغرض من بين الاحكام فان في التدب والاباحة لا يجب الامتنال والبقاء من كلمة الى فانه يدل على تضمين معنى الامتداد والبقاء واقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض من مضى الامر نفذاً فليست امل وفي الايضاح: بر الواحد اذا تأيد بالكاتب والاجماع يفيد الغرضية وههنا كذلك كذا في معراج الدراية وقال السرخسي أيضاً في محطه قال عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض منذ بعثني الله الى يوم القيامة حتى تقاتل عصاة من أمي الدجال وأراد بقوله ماض أي فرض واجب اه فان قيل لم لا يجوز أن يكون المضى بمعنى الذهاب وفي الصحاح مضى الشيء مضياً ذهب أي ذاهب بان الى يوم القيامة فلا يتبعه الاستدلال فلنا الذهاب في تفسير المضى كواقع في الصحاح بمعنى الخلو تلك أمة قد حدثت قال المصنف (لانه ما فرض لعينه الخ) أقول تقر بالدليل ان الجهاد ماض وض لغيره فهو فرض الكفاية اذا حصل المقصود بالبعض وانما قلنا ذلك لتلا يتنقض الدليل بالغير العام فانه مفروض لغيره مع فرض عدم حصول المقصود بالبقاء الا بتمام الكل يشير الى ذلك قوله وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فليست امل (قوله كصلاة الجنائزة وورد السلام) أقول فانهم ما في أنفسهم حال ليس لهم ما حسن يدل عليه انهم مابدون الميت والمسلم عمت بل حصن حال المعنى في غيرهما وهو قضاء حق المسلم الميت أو الجاني كذا ذكره القاضي الامام أبو نيز (قال المصنف أنم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل) أقول لا ينبغي أن يغتهم منه أن الوجوب على جميع اهل الارض كافة حتى

ماض أي نافذ والنفاذ انما هو في الغرض من بين الاحكام فان في التدب والاباحة لا يجب الامتنال والبقاء من كلمة الى فانه يدل على تضمين معنى الامتداد والبقاء واقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض من مضى الامر نفذاً فليست امل وفي الايضاح: بر الواحد اذا تأيد بالكاتب والاجماع يفيد الغرضية وههنا كذلك كذا في معراج الدراية وقال السرخسي أيضاً في محطه قال عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض منذ بعثني الله الى يوم القيامة حتى تقاتل عصاة من أمي الدجال وأراد بقوله ماض أي فرض واجب اه فان قيل لم لا يجوز أن يكون المضى بمعنى الذهاب وفي الصحاح مضى الشيء مضياً ذهب أي ذاهب بان الى يوم القيامة فلا يتبعه الاستدلال فلنا الذهاب في تفسير المضى كواقع في الصحاح بمعنى الخلو تلك أمة قد حدثت قال المصنف (لانه ما فرض لعينه الخ) أقول تقر بالدليل ان الجهاد ماض وض لغيره فهو فرض الكفاية اذا حصل المقصود بالبعض وانما قلنا ذلك لتلا يتنقض الدليل بالغير العام فانه مفروض لغيره مع فرض عدم حصول المقصود بالبقاء الا بتمام الكل يشير الى ذلك قوله وهذا لان المقصود عند ذلك لا يتحصل الا باقامة الكل فليست امل (قوله كصلاة الجنائزة وورد السلام) أقول فانهم ما في أنفسهم حال ليس لهم ما حسن يدل عليه انهم مابدون الميت والمسلم عمت بل حصن حال المعنى في غيرهما وهو قضاء حق المسلم الميت أو الجاني كذا ذكره القاضي الامام أبو نيز (قال المصنف أنم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل) أقول لا ينبغي أن يغتهم منه أن الوجوب على جميع اهل الارض كافة حتى



وقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) أي تركبنا أو مشاة أو شبانا وشيوخا ومهازيل وسمانا أو مجاهدا ومرضاة ونرض بان قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا عام فواجهه تقييده بالنفیر العام وأوجب بانه رفع الحرج

يسقط عن أهل الهند بقسام أهل الروم اذ لا يدفع بقيامهم الشر عن الهنود المسلمين وان قوله تعالى فانالوا الذين يولونكم من الكفار يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر يقربون الكفار هذا مما نسخ به الخمار الفاتر بعون الله الملك القادر ثم أقول في قوله أتم جميع الناس لان الوجوب على الكل بحث لان من قال الوجوب على البعض يقول يكون الجميع آثم على تقدير الترك أيضا على ما بين في الاصول (قال المصنف لان في اشتغال الكل الخ) أقول ان قيل الأمر لا يدل على التكرار فلا يلزم من كونه فرضا أن يجب على الكل في كل وقت حتى يلزم أن تنقطع مادة الجهاد ولم لا يجوز ان يجب في العمر مرة قلنا سبب الجهاد كون الكفار حرا باعلسنا وهو متعدد فتنعدد الوجوب ثم في هذا المقام قصة معجبة وهي أن ابراهيم باشا المقتول عقد مجلسا عاليا في حضرته فحضر أكثر الموالى وكان البحث عن أول كتاب الجهاد واعترض محمد بن بيري باشا على قوله وهو دليل قطعي الخ بان يقال هذا مخالف لما سيجي من الشارح نفسه من (١٩١) أنهم أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذي

والمستأنس بما رأوا من شخص  
منه الاسيرة فسادا واجب  
عنه الحافظ العجمي المشهور

بانه يجوز أن يكون بالنسبة  
الى الغاسل قطعيا وبالنسبة  
الى المفعول ظاهريا مادخله  
التخصيص فالجزم القائل  
بذلك الكلام لكنه مردود  
فان المأمور به وهو القتل  
لزم أن يكون فرضا يكفر  
باجدده وواجبا لا يكفر  
عائده وذالا يقبل به الا  
المعتوب بل المعلوم من قواعد  
الاصول أن العام اذا دخله  
الخصوص سواء كان فاعلا  
او مفعولا يخرج الدليل  
المشتمل على ذلك العام من  
أن يكون قطعيا فلا يثبت  
به الفرضية (قوله فان قيل  
الى قوله بجواب الواحد) أقول  
ثبت بخبر الواحد الفرضية

ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية (الا أن يكون النفير عاما) فيقتضي صير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية

يثبت فروض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون الآية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدین أحرأ عطيا ولانه لو كان عينا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعت والجلب بالتجارة ويستلزم (قطع مادة الجهاد من الكراع) يعنى الخيل (والسلاح) والاذقوان فيؤدى ايجابه على الكل الى تركه للجز (فلزم أن يجب على الكفاية) ولا يخفى أن لزوم ما ذكرنا ثابت اذ الزم في كونه فرض عين أن يخرج الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالخروج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد أن يخرج في مرة طائفة وفي مرة طائفة أخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمفعول عليه في ذلك نص لا يستوي القاعدون ثم هذا (اذالم يكن النفير عاما فان كان) بان هجوموا على بلدة من بلاد المسلمين (فيصير من فروض الاعيان) سواء كان المستنفر عدلا أو فاسقا فيجب على جميع أهل تلك البلدة النفير وكذا من يعرب منهم ان لم يكن باهلا بكفاية وكذا من يعرب بمن يعرب بان لم يكن بمن يعرب بكفاية أو تكاسلوا أو عصوا وهكذا الى أن يجب على جميع أهل الاسلام شرفا وغربا كجهار الميث والصلاة عليه يجب وأعلى أهل محله فان لم يفعلوا عجزا وجب على من يبلدهم على ما ذكرنا هكذا ذكرنا وكائن معناه اذا دام الحر ببقدر ما يصل الابعدون وبالعزم والخبر والا فغير تكليف بما لا يطاق بخلاف انقاذ الاسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب أن لا يأم من عزم على الخرج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلاطین أو منعه واستدلال على ذلك بقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) قبل الماردية وركبنا أو مشاة وقيل

لا يتأتى مع العجز كفى سائر العبادات كذا في الايضاح (قوله فيقتضي صير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية) قيل خفافا في النفير لنشاطكم وثقالا عند مشاقته عليكم وقيل خفافا من السلاح وثقالا عنه

على زعم المجتهد صرح به في كتب الاصول وأمثله أكثر من أن تحصى (قوله أوجب بان الخ) أقول المجيب والسائل هو صاحب النهاية (قوله وبالاجماع) أقول فيه بحث فان من أمحبا بنا من قال انه مندوب ومنهم من قال انه واجب غير فرض مريح به في الجبيل والذخيرة (قوله ويمكن أن يقال الخبر الخ) أقول ويؤيد ما ذكره أن الحديث ليس فيه ما يدل على ارادة الفرضية وقول المصنف أراد به فرضا باقيا لا يدل على انتفاء الفرضية من سياق الحديث بل من الدلائل الاخر فان قيل النبي عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الاحكام فلماذا لا يدل على تعيين الفرضية لجواز أن يكون الندب أو الوجوب مع أن فيه تأملا لجواز أن يكون من قبيل الاخبار عن الغيب ثم المراد من قول المصنف اما الفرضية الفرضية للمسيرة بدليل آخر كلامه تأمل ولك أن تقول الفرضية تستفاد من قوله عليه الصلاة والسلام ما مض فانه من معنى الأمر اذا نفذ والنافذ من بين الاحكام هو الغرض الذي لا مرد له والبقاء يستفاد من كلمة الى فانما تتعلق بضمي الامتداد كما ذكرنا (قوله فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك الخ) أقول لا نسلم ذلك فان نسبة أمر الى المشتق تفيد عملية المأخذ كفى السارق والسارقة الآية والزاينة والزان الآية قال المصنف (الا أن يكون التفسير عاما) أقول أي الخرج الى الحرب بمن نقر القوم في الأمر أو الى السفر نقر او نفير أي خرجوا (قوله وقوله انفروا خفافا وثقالا) أقول هذه الآية الشريفة في سورة التوبة

ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان الله تعالى قال لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر رآي قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وجه الاستدلال أن الله تعالى وعد القاعد من الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد لو عيدا الوعد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه وأما من وراءهم فلا يكون فرضاً عليهم الا اذا احتج بهم مال العجز القريب عن المقاومة مع العدو والانسكان لحين نذير فرض على من يلهم ثم وثم الى أن يفترض على جميع أهل الاسلام ثم قاوثر بأعلى هذا التدرج وقوله (فأول هذا الكلام إشارة الى الوجوب على الكفاية) أراد يادول قوله رحمه الله الجهاد واجب الآن (١٩٢) المسلمين في سعة اذا لا تشاء تكلمه بالباقي بعد التمهيد كان في مجموع المستثنى

وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الآن المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فأول هذا الكلام إشارة الى الوجوب على الكفاية وأخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل

شباناً وشيوخاً وقبيل عزاباً ومتر وجيز وقبيل أغنياء وفقراء وينبغي أن يقال قول آخر وهو كل من هذه أي انفر وامن كل حال من هذه الاحوال بمصايلها أنه لم يعد أحد افاد العينة وفيه نظار لان الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يغيب نعيمها العينة بل الحق أن هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها افادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة وأما العينية في النفير العام فبالاجماع لانه من اغانة الملهوف والمظالم هذا من جهة الراهية ثم ذكر الراهية وهو قول محمد (الجهاد واجب الآن المسلمين في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم) قال (فأول هذا الكلام) يعني قوله واجب وانهم في سعة من تركه (إشارة الى أن الوجوب على الكفاية) فانه لا يمكن أن يراد ترك الكل والالم يكن واجبا فبوترك البعض (وأخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم (يفيد العينية) اذ صار الحاصل لانه واجب يسع البعض تركه الا أن يحتاج فلا يسع ولا بد من

وقيل ركبنا ومشاء وقيل مهازيل و... نأقيل عزاباً ومناهلين وقيل شبانا وشيوخا وقيل مشاغيل وغير مشاغيل وقيل أغنياء وفقراء وقيل خفايا في المنازل وتعالى في المصاهرة فان قيل هذه الآية باطلتها تدل على أن يكون الجهاد من فر وتر الاعيان في جميع الاحوال لانها غير مختصة بالنفير فوجه التخصيص بالنفير العام مع أن العبرة لعموم المغنا فلما عرف كون الجهاد من فرض الكفاية فيما اذا لم يكن النفير عاما بآية أخرى والستة وثني من المعقول أما الآية فهي قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى انه تعالى وعد القاعد من الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعدون لا يفتنون الحسنى وأما السنة فقد صح أن النبي عليه السلام حين خرج الى الغزو ما كان يخرج كل أهل المدينة فلو كان فرض عين لم يدع أحدا منهم وأما المعقول فهو ما ذكر في الكتاب أن في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد (قوله فأول هذا الكلام إشارة الى الوجوب على الكفاية) أراد باول الكلام الجهاد واجب الآن المسلمين في سعة اذا لا تشاء تكلمه بالباقي بعد التمهيد كان في مجموع المستثنى الى الوجوب وأخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم إشارة الى انتهاء حكم السعة وذكر في التدخيرة فاذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فاما من وراءهم فيعد من العدو وهو فرض كفاية حتى يسعهم تركه اذا لم يحتج اليهم أما اذا احتج اليهم بان عجز من كان يقرب من العدو من المقاومة مع العدو ولم يجزوا عن المقاومة الا أنهم تسكسوا ولم يجاهدوا فانه يفترض على من يلهم فرض عين كالصوم والصلاة ولا يسعهم تركه ثم وثم الى أن يفترض على جميع أهل الاسلام ثم قاوثر بأعلى هذا التدرج ونظيره الصلاة

والمستثنى منه اشار الى ذلك (وأخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام

(قوله ولان النبي عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة الخ) أقول فيه بحث فان تخلفهم كان لحفظ المدينة من حولهم ان الكفار فهم أيضا يجاهدون لكنهم ليسوا سواء في الحسنى للذين خرجوا فان أفضل الاعمال أجزها والجواب أن النفر هو الخروج قتال قال المصنف (يفترض) أقول أشار به لا يفعل الدالة على السكال الى السكال في القرصية وهو بلا سعة بفعل البعض (قوله ولان الله تعالى قال لا يستوي القاعدون الى آخر الآية الشريفة) أقول هذه الآية الشريفة في سورة النساء وفيه بحث فان هذا مبتنى على ان يكون قوله تعالى

لا يستوي الآية متاخرا من حيث النزول عن قوله تعالى انفر وا الآية فان المتقدم لا يخص المتأخر وهو نوع كيف يفترض وهو مذكور في سورة النساء المنزلة في السنة السادسة بالمدينة وهذا في سورة التوبة التي هي آخر ما نزلت وأيضا لا نسلم تخلف كثير من أهل المدينة بعد نزول هذه الآية ألا يرى ما جرى على الثلاثة الذين خلفوا ومن غزوة تبوك الى قوله تعالى ما كان لاهل المدينة ومن حولهم من الاعراب أن ينفذوا عن رسول الله وأما القول بان تخلف البعض ضرر وحفظ المدينة من الاعداء حولها فهم أيضا من المجاهدين ليسوا سواء في الحسنى الذين يجاهدون بالسفر ففيه بحث كما أثرنا لانه حينئذ يجب أن يخرج ما زاد على ما يدفع به تلك الضرورة مع انه ليس كذلك على ما شهد عليه كتب السير والتواريخ (قوله يفترض على من يلهم ثم وثم الخ) أقول قوله تعالى قاتلوا الذين يابونكم من الكفار الآية يدل أن الجهاد فرض على كل من يلى الكفار من المسلمين على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند وأهل ما وراء النهر ولا كما أثرنا ليه

قال (وقتل الكفار) الذين امتنعوا عن الاسلام وأداء الجزية (واجب وان لم يبدأ بالقتال للعمومات) الواردة في ذلك بقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقتلواهم حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيره فان قيل العمومات معارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على أن قتال الكفار انما يجب اذا بدأوا بالقتال أجيب بأنه منسوخ وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء مأمورا بالصغ والاعراض عن المشركين بقوله فاصفح الصغ الجبل وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة الآية ثم أذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى أذن للذين يقاتلون الآية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الايام بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الآية ثم أمر بالبداءة بالقتال مع المقاتل الا زمانا كما هو في الاماكن بأسرها فقال تعالى وقتلواهم حتى لا تكون فتنة الآية فقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية وبقوله (ولا يجب الجهاد على صبي) ظاهر (قوله فان قيل الى قوله أجيب الخ) أقول هذه الآية في سورة البقرة وفيه بحث أما (١٩٣) في السؤال فانه لا عبرة عندنا بمفهوم الشرط فلا تكون معارضة للعمومات وعند القائلين به لا تعارض للمنطوق أيضا لكونه أدنى درجة منه وأيضا المعاق بالشرط هو القتل عند المسجد الحرام فان ظلم الآية الكريمة هكذا ولا تقتلواهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فان قاتلوكم فاقتلواهم كذلك جزاء الكافرين ولا شك أنه لا يفهم منه عدم جواز القتل في باسوى المسجد الحرام بدون بداءتهم وأما في الجواب فلان ما رفع مفهوم المخالفة ابس بناض عندنا نص عليه في التوضيح ويقال شاهدنا على ذلك ان النسخ هو أن يرد دليل شرعي متراجعا عن دليل شرعي مقتضيا لخلاف حكمه والمفهوم ليس بدليل شرعي فليأمل فانه يمكن دفعه

فدفع على الكل (وقتل الكفار واجب) وان لم يبدأ بالعمومات (ولا يجب الجهاد على صبي) لان الصبا مظنة المرحمة

لاستطاعة فيخرج المريض المسدنف وأما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي أن يخرج لتكثير السواد فان فيه اربابا ونفر القوم نفران فغيرا اذا خرجوا (قوله وقتل الكفار) الذين لم يسلموا واهم من مشركي العرب أولم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم (واجب وان لم يبدأ) لان الأدلة الموجهة لم تقيد الوجوب ببداءتهم وهذا معنى قوله (لعمومات) لعموم المكافين لانه انما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فالمراد اطلاق العمومات في بداءتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثوري والزمان الخاص كالأشهر الحرم وغيرها خلافا لعموماته واقتداء من الثوري وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه سخه وصرح بقوله في الصحيحين وغيرهما أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لله الا الله الحديث يوجب أن نبداهم بادنى تأمل وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذي الحجة الى آخر الحرم وأولى شهر وقد يستدل على نسخ الحرم في الاشهر الحرم بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على النجوز بلفظ حيث في الزمان ولا شك أنه كثر في الاستعمال (قوله ولا يجب الجهاد على صبي الخ) الوجه الظاهر

على الميت فان مات في ناحية من فواحي البلدة فعلى جيرانه وأهل بلدته أن يقرموا بأسببه وليس على كل من كان يبعد من الميت أن يقوم بذلك وان كان الذي يبعد من الميت يعلم أن أهل المحلة يضربون حقوقه أو يعجزون عنه كان عليه أن يقوم بحقوقه كذا هي ناسم يستوى أن يكون المستقر عدلا أو فاسقا يقبل خسر به في ذلك (قوله وقتل الكفار واجب) أي الكفار الذين امتنعوا عن الاسلام وعن أداء الجزية يتوان لم يبدأ وانما ذكر هذا لان ظاهر قوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم يدل على أن قتال الكفار انما يجب اذا بدأوا بالمقاتلة وليس كذلك بل يجب مقاتلتهم وان لم يبدأوا علم أن رسول الله عليه السلام كان مأمورا في الابتداء بالصغ والاعراض عن المشركين قال الله تعالى فاصفح الصغ الجبل وقال الله تعالى وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن قال الله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ثم أمر بالقتال اذا كانت البداءة منهم فقال أذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا أي

(٢٥) - (فخ القدير والكفاهية) - (خامس) بارتكاب أدنى مسامحة (قوله بقوله تعالى فاصفح الصغ الجبل) أقول هذه الآية الشريفة في سورة الحجر (قوله بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك الآية) أقول هذه الآية الشريفة في سورة النحل (قوله ثم أمر بالبداءة بالقتال الخ) أقول يخالف لقوله فيما سبق فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك ولا يبعد أن يقال الدلائل تدل على بقاء مدة بقاء الامة وليس فيها ما يدل على بقاءها الى يوم القيامة قبل علم ذلك من هذا الحديث وأمثاله فليأمل والاوجه أن يقال مراد من قوله فيما سبق بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة ودوام الاعتدال به النسخ فيكون معنى قوله ليس فيها ما يدل على ذلك أي على سبب النسخ فتأمل (قوله فقال وقتلواهم حتى لا تكون فتنة) أقول هذه الآية الشريفة في سورة الانفال (قوله فقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله) أقول هذه الآية الشريفة في سورة التوبة قال المنصف (ولا يجب الجهاد على صبي) أقول قال الاتقاني اما الصبي فلا يجب عليه الجهاد لانه مرفوع القلم ولان طاعة الويه واجبة عليه فلا تتركه بعد ليس بواجب انتهى ولا يخفى عليك مناقضة قوله واجبة لقوله مرفوع القلم الا ان يقال مراده بالصبي ما يعم البالغ الذي له اوجان فله في انه مرفوع القلم ان كان غير بالغ وان كان بالغ فطاعة الويه واجبة متعينة عليه والجهاد ليس بواجب متعين عليه فليأمل

(ولا عبد ولا امرأة) لتقدم حق المولى والزوجة (ولا أعمى ولا مفلوج ولا قطع لجزءهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخريج المرأة بغير إذن زوجها والعبد بغير إذن المولى) لانه صار فرض عين ومالك الممتن وورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كافي الصلاة والصوم بخلاف ما قبل التغيير لان تغييرهما مقننه افلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوجة (ويكره الجعل مادام للمسلمين في) لانه يشبه الاجرة ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوايب المسلمين

أن يقال لانه غير مكاف وفي الصحيحين عن ابن عمر عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوجة) باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا السكاهم أن حق السيد والزوجة حق متعين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لم اطلاق قوله لها واطلاقه يستلزم اطلاق ترك حق المولى والزوجة فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله لانه متعين ما لم يخلو لم يجعله متعينا عليه وهذا لا يلزم باطل فلا يتعاق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقدير يكرهون تخصيص من العمومات لدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لان حقوقهم لا تظهر في حق فروض الاعيان نعم لو امر السيد والزوجة العبد والمرأة بالقتال يجب أن يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوجة حتى اذا لم يقاتل في غير التغيير العام باثم لان طاعتهما المفروضة عليهم ما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والغرض اتفاق عنهم قبل التغيير العام وعن هذا حرم الخرج الى الجهاد وأحد الاوين كاره لان طاعة كل منهما فرض عين والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا سمع أن في خصوصه أحاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه فقال أحمي والدك قال نعم قال فذهبم اخاهد وقدمنا من صحبه آتينا حديث ابن مسعود وقدم فيه بر الوالد بن علي الجهاد وفي سنن أبي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت أبايعك على الهجرة فو تركت أباي يبيكان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما أبكتيهما وفيه عن الخدرى أن رجلا هاجرا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك أحد باليمن قال أبواي قال أذاك قال لا قال فارجع فاستأذنها فان أذاك فاعده والافيهما وأما الاعمى والاقطع فقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا انصوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قاله في ديوان الادب (قوله ويكره الجعل) يريد الجعل هنا أن يكلف الامام الناس بان يقوى بعضهم بعضا بالاسلح والكرام وغير ذلك من النفقة والزاد (مادام للمسلمين في) وهو المال الماخوذ من السكك بغير قتال كالحراج والخربة وأما الماخوذ بقتال فيسمى غنمة (لانه لا ضرورة اليه ومال بيت المال معد لنوايب المسلمين) وهذا وجه وجب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه والوجه الآخر هو أن الجعل يشبه الاجرة وحقبة أخذ الاجرة على الطاعة حرام فبما يشبهها مكره ولو جبه على الغازي وعلى الامام كراهة تسميه في المكره وحقبة الجعل ما يجعل للانسان في مقابلة شيء يقوله واعلم أن مقتضى النظر أن النفقة تجب في مال الغازي لانه مأمور بعبادة مكره من المال والبدن فتسكون كالحج وأن وجوب تجهيزهم من بيت المال على الامام انما هو اذا لم يقدروا على الجهاد فاضلا عن حاجتهم وعيالهم وان كانوا ممن يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد أن يكون ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام وأما اذا لم يكن في بيت المال في لا يكره أن يكاف

اذن لهم في الدفع وقال الله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقال الله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنحوا لهم امر باقتال ابتداء في بعض الايمان قال الله تعالى فاذا انسالخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدوهم وخذوهم ثم أمر بالبدء بالقتال مطلقا في الايمان كما هو في الاما كن كلها قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة (قوله ويكره الجعل) أراد الجعل ما يضرب الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد

وقوله (ويكره الجعل مادام للمسلمين في) أراد الجعل ما يضرب الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد (لانه يشبه الاجرة) وحقبة الاجرة حرام فبما يشبه الاجرة يكون مكرها

قال المصنف (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق الزوج والسيد) أقول فيه أن الدليل حاصر بمن له زوج والظاهر أن المدعى عام فليست أم قال المصنف (ويكره الجعل الخ) أقول قال الاتقاني يعني اذا كان في بيت المال ما يتقوى به الناس من الغنيمة انتهى وصوابه من النفي لان مال الغنيمة الموجود في بيت المال ينصرف الى المقاتلة قال الامام الترمذي يكره للامام ضرب الجعل على الناس للغزاة مادام لهم في لان فيه شبهة الاجرة وان لم يكن فلا بأس بذلك لانه عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان من غير طيبة نفسه وللإمام ذلك بشرط الضمان فاذا زالت الحاجة وردان كل قائما والافقيته الا اذا صار في بيت المال والاولى أن يغزو المسلم بمال نفسه ثم يمال بيت المال لانه لمصلحة المسلمين انتهى (قوله على الناس بما يتقوى به الخ) أقول أي ما كما يتقوى أو مكاف بما يتقوى

وقوله (بغزى الاعزب) يقال اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال (١٩٥) رجس اعزب بالهر يكثر لان لا زوج له وجاء في

الحديث وهو شاب اعزب  
والشخص من الذهب سن  
بلد الى بلد والله أعلم

\*(باب كيفية القتال)\*

لما كان الامر الاول من باب

الجهاد القتال بدأ ببيان

كيفية المدينة معوفة

والحصن بكسر الحاء كل

مكان محمي بحر ولا يتوصل الى

ما في جوفه فالمدينة أكبر

من الحصن (قوله دعوهم

الى الاسلام) قيل لا يخلو من

أن يقاتلوا قومًا بالغتهم

الدعوة ولم تبلغهم فان كان

الثاني لا يحل القتال حتى

يدعوا لقوله تعالى وما كنا

معذبين حتى نبعث رسولا

وان كان الاول فلا فضل ذلك

وكان النبي صلى الله عليه

وسلم اذا قاتل قوما من

المشركين دعاهم الى الاسلام

ثم اشتغل بالصلاة واذا فرغ

جسد الدعوة ثم شرع في

القتال

\*(باب كيفية القتال)\*

قال المصنف (دعوههم الى

الاسلام) هذا في حق من لم

تبلغه الرسالة والالم يستم

الاستدلال بما رواه ابن

عباس وصرح به ايضا في

مبسوط الامام السرخسي

ولا استدراك كالا يخفى على

المتأمل في مساق الكلام

فان الغرض ههنا بيان أنهم

اذا دخلوا دار الحرب دعوههم

الى الاسلام فان قبلوه كفوا

عن قتالهم والادعوههم الى

الجزية فان بذلوا كفوا

بمجرد أن يقاتل

قال (فاذا لم يكن فلا بأس بان يقوى بعضهم بعضا) لان فيه دفع الضرر الالهي بالحاق الاذى في يؤيده أن النبي  
عليه الصلاة والسلام أخذ دعوته من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزى الاعزب عن ذي الحليفة ويعطى  
الشخص فرس القاعد \*(باب كيفية القتال)\*

(واذا دخل المسلمون دار الحرب فاحاصروا مدينة أو حصنا دعوههم الى الاسلام) اسروى ابن عباس رضي الله  
عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام

الامام انما ذلك على نسبة عدل (لان به دفع الضرر الالهي) وهو تعدى سر الكفار الى المسلمين (بالحاق)  
الصرور (الادنى) واستأنس المصنف لهذا بانه صلى الله عليه وسلم (أخذ دعوته من صفوان) بن أمية (وبان  
عمر كان يغزى الاعزب عن ذي الحليفة ويعطى الشخص فرس القاعد) أما قصة صفوان فلا شك أن النبي  
صلى الله عليه وسلم أرسل يطلب منه أذرا عا عند خروجه الى حنين ففي سيرة ابن اسحق أر بهما أنه درع وكان  
صفوان اذ ذاك على شركه فانه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يسره شهرين فقال النبي صلى الله  
عليه وسلم سيرتك أر بهما أشهر ثم عرض الخرج من مكة الى حنين فأرسل يطلب ذلك فقال بالحمد أغضب اقال  
لابل عارية مضوية فبعثها ثم استعملها اياها فعملها على ما تبي بعرو في مسند أحمد قال فضاغ بعضها فعرض  
عليه النبي عليه الصلاة والسلام أن يضمها فقل لا أنا اليوم في الاسلام أرغب وهذا يطابق نفس المدعى وهو  
تسكين الامام المسلمين بان يعينوا الخراجين ولا يفسد ذلك الا بالانتماء فان ما يفعله الامام في المتكلم فيه  
لا يخلو على أن يضمه لهم من بيت المال نعم فيه أنه عند الحاجة يتوسل الى الجهاد اذ لم يكن بالمسلمين قوة  
بالاستعارة من أهل الزمة بشرط الضمان لهم وأما ما عن عمر فظاهر فيه لان معنى يغزى عنه ليس الا أنه ياخذ  
الجهاز منه والافه وغازن نفسه وان أعطاه من بيت المال وأما قوله يعطى الشخص فرس القاعد فصرح  
فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمرو الواقدي بسنده عن عمر أنه كان يغزى عن ذي الحليفة  
وليس فيه أمر الفرس وروى ابن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن عامر عن أبي جابر قال كان عمر يغزى  
العزب وياخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر

\*(باب كيفية القتال)\*

لما ذكر أن القتال لازم فلا بد أن يفعله وفعله على حد محدود وشرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال (واذا دخل  
المسلمون دار الحرب) يصح أن يكون عطف على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن يكون واو  
استئناف (فاحاصروا مدينة) وهي البلدة الكبيرة فعبارة من مدن بالمكان أقام به (أو حصنا) وهو المكان  
المحصن الذي لا يتوصل الى ما في جوفه (دعوههم الى الاسلام) فان لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لانه  
صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الاجناد فن ذلك ما أخرج الجماعة الا البخاري من حديث سليمان بن بريدة  
عن أبيه والفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أمير على جيش  
أو سرية أو مائة في خاصته بتهوى الله تعالى وبن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله

(قوله فلا بأس بان يقوى بعضهم بعضا) لانه اعانة على البر وجهاد بالمال وكلاهما منصوصان وأحوال  
الناس في الجهاد متفاوت فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال لقدرته عليهم ما ومنهم من يقدر عليه بالنفس لقدرته  
دون المال لفقره ومنهم من يقدر بالمال اغناء دون النفس لجزره فيجهز الغزى بحاله لا تغير القادر حتى يكون  
الخارج مجاهدا بنفسه والقاعد بغيره والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا والله تعالى أعلم بالصواب

\*(باب كيفية القتال)\*

(قوله فاحاصروا مدينة أو حصنا) حاصروا العدو ومحاصرة وحصار اذا ضيقوا عليه وأحاطوا به مدن الرجل  
بالمكان أقام ومنه سبى المدينة تحصنا والحصن بالكسر كل مكان محمي بحر ولا يتوصل الى ما في جوفه فالمدينة

الجزية فان بذلوا كفوا  
بمجرد أن يقاتل

ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال (فان أجبروا كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية) به أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام أمراء الجيوش ولأنه أحدهما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمتردين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية

قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلبوا ولا تغلبوا ولا تقتلوا ولا يساروا اذا قبضت عدوكم من المنكرين فادعهم الى احدي خصال ثلاث أو خذل فابتن ما أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين وأعلمهم ان فعلوا ذلك أن لهم مالا المهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين فان أجابوا أن يتحولوا امنها فاجبرهم أنهم يكونون كما عراب المسامين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفتي والغنيمة نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فان هم أبوا فاسالهم الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فانكم ان تحفروا ذمتكم وذمة أصحابكم خبر من أن تحفروا ذمة الله وذمة نبيه واذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فانك لا تدري أصبت حكم الله فيهم أم لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفي الاحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة واجماع ولان باذعوة يعاون انما نقا تالهم على أخذهم والهم وسي عيالهم فربما يجيبون الى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام وأما حديث ابن عباس المذكور في الكتاب فر واه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن ابن أبي نجيح عن أبيه عن ابن عباس (قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم) رواه الحارثي رحمه الله ولو قاتلهم قبل الدعوة أنما ولا يكن لا غرامة بما تلغوا من نفس ولا مال من ديت ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لا تغرامة العامم وهو الاسلام والاحراز بدار الاسلام وفي المحيط بلوغ الدعوة حقيقة وحكما بان استفاض شرفا وغر بأئهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقم ظهورها مقامها انتهى ولا شك أن في بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب أن المدار عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب أما عدم الوجوب فليس في الصحيحين عن ابن عوف كُتبت الى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك أول الاسلام قد أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وأنعمهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسب ذرارهم وأصاب يومئذ جوارية بنت الحرث حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش وروى ثورود وغيره عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهدا اليه فقال أغر على أبي صباح وحرف والغارة لا تكون مع دعوة وأبني بوزن حجلي موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال يبنى بياض مضمومة آخر الحروف وقيل اسم قبيلة وأما الاستحباب فلان التكرار قد يجدى المقصود في عدم الضرر والاعلى وقيد هذا الاستحباب بان لا يهين ضرر بان يعلم بانهم بالدعوة يستعدون أو يجتالون أو يتحصنون وغلبة الظن في ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعالم بل هو المراد واذ الحقيقة تهتم بالوقوف عليها فان أجاب المدعو أو غيره الى الاسلام فلا إشكال والحديث المشهور وجعله غاية الامر بالقتال حيث قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية بهذا أمر عليه الصلاة والسلام أمراء الاجناد) وقد ذكرناه من حديث بريدة (ولأنه أحدهما ينتهي به القتال كما نطق به النص) قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يدوهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا متردين ولا مشركي العرب فان هؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام

أكبر من الحصن (قوله على ما نطق به النص) وهو قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى أن قال حتى يعطوا الجزية

وقوله (كفوا عن قتالهم) أي امتنعوا عن قتالهم أو منعوا أنفسهم عنه فكيف لازم ومتعدد وقوله (على ما نطق به النص) يريد قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد (قوله وهذا في حق من تقبل منه الجزية) ظاهر

قال المصنف (حتى يقولوا لا اله الا الله) أقول فان قيل لا يكفي قولهم لا اله الا الله بل لابد من ذكر محمد رسول الله قلنا الجزء الأول صار علما للمجموع كما يقال قرأت قل هو الله أحد صرح به الكرماني في شرح البخاري



(قوله فنكفي) بالنون على بناء المفعول (مؤنة القتال) بنصب مؤنة على المفعول (١٩٧) الثاني (قوله لانهسى) اشارة الى ما روى انه صلى

الله عليه وسلم بعث عليا في سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم الى الاسلام وقوله (اعدم العاصم) أى الموجب للعصاة (وهو الدين) على مذهب الشافعي (أو الاحراز بالدار) على مذهبنا وقوله (مبالغة في الانذار) لان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم اشتغل بالصلاة ثم عاد بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمنا وقوله (أغار على بني المصطلق) أى آخرجهم من خيانتهم بهجرتهم عليهم (وهم غارون) أى غادوا وأبني على وزن حجلي موضع بالشام وقبل اسم قبيلة (والغارة لا تكون بدعوة) لان فيها ستر الامم والاسراع لانها اسم مصدر للغارة التي هي مصدر أغار الثعلب أو الغرس اغارة وغارة اذا أسرع في العدو وقوله (البويرة) على وزن البويرة معفر الدار والكبت هو الذل والهوان

قال المصنف (والمراد بالبذل القبول) أقول بطريق اسم السبب على السبب قال المصنف (أثم لانهسى) أقول يحتمل أن يكون بناء على أن الامر بالشئ تنهى عن ضده فتأمل قال المصنف (وعهد الى أسامة أن يغبر

لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون (فان بذلوا فافلهم مالا مسلما ومن وعابهم ما على المسلمين) لقول على رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لئلا يكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكو رفيه في القرآن والله أعلم (ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا أن يدعوه) لقوله عليه الصلاة والسلام في وصية أمراء الاجناد فادعهم الى شهادته أن لا اله الا الله ولا نهم بالدعوة يعلمون أنما تقاتلوهم على الدين لا على سلب الاموال وسي الذراري نلعلهم يحجبون فنكفي مؤنة القتال ولو قاتلوهم قبل الدعوة أثم لانهسى ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين والأحرار بانداز فصار كقتل النساء والصبيان (ويستحب أن يدعوا من بلغته الدعوة) مبالغة في الانذار ولا يجب ذلك لانه صح أن النبي عليه الصلاة والسلام أغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى أسامة رضي الله عنه أن يغبر على ابني صبا حاتم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال (فان أبو ذالك استعانا بالله عليهم وحرار بهم) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سليمان بن بريدة فان أبو ذالك فادعهم الى اعطاء الجزية الى أن قال فان أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلوهم ولانه تعالى هو الناصر لوليائه والمدبر على أعدائه فاستعان به في كل الامور قال (ونصبوا عليهم المجانيق) كما نصب رسول الله عليه الصلاة والسلام على الطائف (وحرقوهم) لانه عليه السلام أحرق البويرة قال (وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زرعهم) لان في جميع ذلك الحسان الكبت والغضا ج. وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

أو السيف على ما سبقتهم (فان بذلوا) أى قبلوها (وكذا هو المراد بالاعطاء المذكو في القرآن) بالاجماع وقد قال على انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والاحاديث في هذا كثيرة بل هو من اضرويات معنى حديث على رواه الشافعي في مسنده أخبرنا محمد بن الحسن الشيباني أنبأنا قيس بن الربيع الاسدي عن أبان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن أبي الجنوب قال قال على من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا ودينه كديننا وضعف الدار فطلى أبا الجنوب (قوله فان أبو ذالك استعانا بالله عليهم بانه تعالى وحرار بهم) لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سليمان بن بريدة فان أبو ذالك فاستعن بالله عليهم وقاتلوهم) وتقدم الحديث بطوله والكلام عليه والمدبر المهلك (فستعان بانه في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق) كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الطائف (على ما في الترمذي مفعلا فانه قال قال قتبية حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد أن النبي صلى الله عليه وسلم نصب المجانيق على الطائف فقتلوا كيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمر بن هرون ورواه أبو داود في المراسيل عن مكحول مرسل ورواه ابن سعد في الطبقات وزاد ابن معين يومئذ كره الواقدي في المذكو ذكر أن الذي أشار به سلمان الفارسي (وحرقهم لانه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة) على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطعوهى البويرة يعنى أن البويرة اسم لنخل بني النضير ولها يقول حسان بن ثابت وهان على سراة بني لؤي \* حريق البويرة مستطير

ولان المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يحكمهم من الضرب وقطع (قوله والمراد بالبذل القبول) بطريق المصنف على السبب على السبب اذا القبول سبب البذل لانه مفضل اليه وهذا كما في قوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة أى قبلوا (قوله وكذا المراد بالاعطاء المذكو في القرآن) أراد به قوله تعالى حتى يعطوا الجزية (قوله فنكفي مؤنة القتال) بالنون على بناء المفعول (قوله لانهسى) وهو ما روى أنه عليه السلام قال اعلم رضي الله تعالى عنه ولا تقاتل فوما حتى تدعوهم الى الاسلام لان هدى الله تعالى أحدا على يدك خير لك مما طمعت عليه الشمس وغربت (قوله ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين) أى عند الشافعي رحمه الله والأحرار بالذراري عندنا وقال الشافعي رحمه الله

على أبني صبا حاتم) أقول أبني بالضم والقصر اسم موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة وقيل موضع من بلاد جهينة وهذا أقرب باذلم يبلغ غزواته عليه الصلاة والسلام الى بلاد الشام في حياته



وقوله (وان كان فيهم أسير مسلم أو تاجر) رد لما قاله الحسن بن زياد انه اذا علم أن فيهم مسلماً وأنه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن اللامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه (وقلنا فيهم دفع الضرر العالم بالذنب عن بيضة الاسلام) أى مجتمعة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعمة وغيره لان البيضة مجتمع الولد (وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص) واذا اجتمعها قدم دفع الضرر العالم على الخاص (ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم أسيراً أو تاجر) فلو امتنع عن الرمي (باعتباره لانسد بابيه) أى باب الجهاد وقوله (لمساينا) اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام الخ وقوله وما أصابوه منهم لاديت عليهم ولا كفارة (يعنى عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعي فيه الدية والكفارة) لان هذا هو عين صورة قتل الخطا لانه يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالماً بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطاي بل كان مباحاً لضلالية ولا كفارة فيه ولنا أن الجهاد فرض وكل ما هو فرض (فالغرامات لا تقرن به) لان العرض مأمور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهى عنه وبينه مماناة فان قيل هذا تعليل في معارضة قوله صلى الله عليه وسلم (١٩٨) ليس في الاسلام دم مفرج أى مهدر والتعليل في مقابلة النص باطل أوجب

بانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فخص صورة النزاع بما قلناه وفيه نظر لان اقران شرط وهو :نوع وأقول قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام معنى في دار الاسلام وما نحن فيه ليس بدار الاسلام

قال المصنف (لان في الرمي الخ) أقول هذا تعليل في مقابلة النصوص الدالة على تحريم دم المسلم بغير حق فكيف يصح فان قيل تلك النصوص قد خص عنها قاطع الطريق والباغي قلنا ممنوع بل متسوخة في حقهما وأيضاً هذا انما يصح اذا علم أننا لو تركناهم استولوا على ديار المسلمين والمدعى عام ليس له خصوص واللازم

(ولايأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسيراً أو تاجر) لان في الرمي دفع الضرر العام بالذنب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابيه (وان تترسوا بصيبيان المساكين أو بالاسارى لم يكفوا عن رميهم) لمساينا (ويقصدون بالرمي الكفار) لانه ان تعذر التمييز فعلاً فلقد يمكن قصد الطاعة بحسب طائفة وما أصابوه منهم لاديت عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالعرض

الاشجار وفساد الزرع هذا اذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره ذلك لانه افساد في غير محل الحاجة وما أبع الاله (قوله ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسيراً أو تاجر) بل ولو تترسوا بالاسارى المسلمين وصيبيانهم سواء علم أنهم ان كفوا عن رميهم انهم زعم المسلمون أولم يعلموا ذلك الا أنه لا يقصد برميهم الا الكفار فان أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الامم الثلاثة يضمن لحرمته القتل فلنا العاصم عندك هو الدين ولم يوجد مجرد حرمة القتل لا تسفي لوجوب الضمان كفي قتل النساء والصبيان وعندنا الاحراز بالدار ولم يوجد ابني بوزن حبة على موضع بالشام البويرة بوزن اغطا مصغر الدار موضع (قوله ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم أسير) وقال الحسن بن زياد اذا علم أن فيهم مسلماً وأنه يتلف بهذا الصنع لم يحل ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن اللامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين وكان مراعاة جانب المسلم أولى ولكننا نقول أمرنا بقتلهم ولو اعتبرنا هذا المعنى أدى الى سد باب القتال معهم فان حصونهم ومدائنهم قل ما تخلو عن مسلم عادة ولانه يجوز لنا أن نفعل ذلك بهم وان كان فيهم نسائهم وصبيانهم فكذلك لا يحل قتل المسلم لا يحل قتل نسائهم وصبيانهم كذا في المبسوط (قوله عن بيضة الاسلام) أى مجتمعة للشبه المعنوي بينها وبين بيضة النعمة وغيره هو أنهم مجتمع كائن تلك مجتمع الولد كذا في المغرب (قوله لمساينا) اشارة الى قوله لان في الرمي دفع الضرر العام (قوله وما أصابوه منهم لاديت عليهم ولا كفارة) وقال الشافعي رحمه الله فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطا لانه

من هذا التعليل هو جواز الرمي قال المصنف (ولانه قلما يخلو الى قوله لانسد بابيه) أقول وفيه نظر فان ابن زياد انما لم يجوز الرمي اذا علم ان فيهم مسلماً وعلم انه يتلف بهذا الصنع ولا شك في ان العلم بمالهو كان لكان في غاية القدرة فن أن يلزم انسداد باب الجهاد قال المصنف (وما أصابوه منهم لاديت عليهم ولا كفارة) أقول قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية يوجب القود اذا أصابوا منهم عمدا وقوله تعالى من قتل مؤمناً خطأ فقتل بر رقبة مؤمنة الآية يوجب الكفارة والدية اذا كانت الاصابة خطأ والتعليل في مقابله ما ينبغي أن لا يقبل فسا الوجه (قوله والجواب أنه اذا كان الخ) أقول فيه نظراً لانه لا يجوز أن يراد من العلم القصد لما مر من قوله في المتن ويقصدون بالرمي الكفار وحيتذا فتراد من العلم حقيقة ولم يقل أحد بان عدم العلم بالمصاب شرط في تحقق الخطا فانهم قالوا الخطا على نوعين خطا في القصد وهو أن يرمى شخصاً يظنه صيداً فاذا هو آدمي أو يظنه حربياً فاذا هو مسلم وخطا في الفعل وهو أن يرمى غرضاً فيصيب آدمياً ولا شك أن ما نحن فيه من هذا القبيل ولو كان كما قال للزم ان من رأى انساناً وعلمه ثم رمى غرضاً غير قاصد ذلك الانسان فاصابه أن لا يكون فعله خطأ ولم يقل به أحد (قوله ولنا ان الجهاد فرض الى قوله منهى عنه) أقول منقوض باكل مال الغير له النخصة فانه ليس عدواً فاما منياعنه مع انه سبب للغرامات والجواب بانه مرخص وهو منهى عنه في الاصل لا بعيد لان قتل المسلم أيضاً كذلك (قوله وما نحن فيه ليس بدار الاسلام) أقول يرد عليه مالو كانوا بدار الاسلام

وقوله (بخلاف حالة المخصصة) جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرر ورة إقامة الجهاد لا ينفى الضمان وكتناله مال الغير حالة المخصصة يطلق لمكان الضرر ووجب الضمان وتقرر بالجواب أن الجامع (١٩٩) يقدم على تناول عند دفع الخطر وان كان

في... ضمان (لما فيه من احياء نفسه) وهو منفعة

عظيمة يتحمل بسببها ضرر

الضمان (أما الجهاد فينبى

على اتلاف النفس) أى

نفس سواد الكفار وقد

يكون فيها مسلم فلو وجب

الضمان بقتالهم لاستنعوا

عن الجهاد الذى هو فرض

وذلك لا يجوز كما لا يجوز

اجباب الديانة والكفارة على

الامام فيما اذا مات الزانى

البكر من الجلد لئلا يمنع

القاضى عن تقلد القناه

ويجوز أن يكون معناه

الجهاد مبنى على اتلاف

النفس مطلقا لن الجهاد

اما أن يقتل وقد يصادف

المسلم أو يقتل فلأولنا

الضمان امتنع عن الجهاد

الفرض لكونه خاسرا فى

كانا الحالتين بخلاف ما اذا

لم يضمن وقوله (حذار

الضمان) منصوب على

وتترسوا فانه لا يتناول ما أن

يكون الحكم واحدا أولا

فان كان الاول نظاهر وان

كان الثانى فلا شك أن

الدليل المذكور وهو قوله

لان فى الرمي دفع الضرر

العام الخ موجود فيسألزم

تخلف الدلول عن الدليل

ويمكن أن يجاب عنه بانهم

انما يمتنعون التمسك اذا كانوا

فى المدينة ونحوها أما اذا

بخلاف حالة المخصصة لانه لا يمنع مخافة الضمان ان لما فيه من احياء نفسه أما الجهاد فينبى على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان

لا يجوز زرعهم فى صورة التمسك الا اذا كان فى الكف عن رعيهم فى هذا الحالة انهم زام المـ لمين وهو قول الحسن ابن زياد فان رموا أو أصيب أحد من المـ لمين فعند الحسن بن زياد فيه الديانة والكفارة وعند الشافى فيه الكفارة قولوا واحدا وفى الديانة قولوا أبوا بحق ان قصده بعينه لزمه الديانة عليه مسلما أو لم يعلم بقوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الاسلام دم مفرج وان لم يقصده بعينه بل روى الى الصف فاصيب فلادية عليه وأما الاول فلان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن الامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم أولى ولان مقصده قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الاطلاق أمران الاول أنا أمرنا بقتالهم معالقاتوا واعتبر هذا المعنى ان سبب بابه لان حصنا ما أو مدينة قلنا متخلو عن أسيرهم مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة أو حصن عادة اهدار اعتبر وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فانه يجوز اجبا عام مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير أن الواجب أن لا يقصد بالرى الا الكافر لان قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما اذا لم يفترض وهو ما اذا فقتت البلدة قال محمد اذا فسخ الامام بلدة ومعلوم أن فيها مسلما أو ذميا لا يحل قتل أحد منهم لاحتمال كونه ذاك المسلم والذى الا انه قال ولو أخرج واحد من عرض الناس حل اذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذاك فصارى كون المسلم فى الباقي شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم أو الذى فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثانى أن فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم ان المصنف أحوال وجه مسئلة التمسك على وجهى مسئلة ما اذا كان فيهم أسير مسلم حينئذ أو تاجر وقد يقال ان سلم انه لا يتخلوا أهل حصن عن تاجر أو أسير فاطلاق افتراض القتال اهدار لا اعتبارا مانعا فلا نسلم أنه لا يتخلوا أهل حصن ان يتترسوا بالمسلمين ليكون اطلاق الافتراض اهدار الحرمة الرمي فان المشاهدة نقتنه فوجب أن يتقيد بما اذا لم يكن طر يقا الى قتل المسلم غالبا أو ما قوله انه دفع الضرر العام بالحق الضرر الخاص فقد يقال ان ذلك عند العلم بانهم زام المسلمين لولم يرم وحل الرمي عند ذلك لم يتقيد به واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام أى مجتمعهم وان لم يحصل فيه الفقر تضرر المسلمون كلهم وهو محتمل تأمل وبتقديره هو ضرر وخفيف أشد منه قتل المسلم فى غالب الظن وانما يكون الضرر العام مقدما على هذا اذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فان قيل فلم لم يرم الديانة اذا أصيب مسلم مع قوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الاسلام دم مفرج أى مهلر أجيب بانه عام مخصوص بالبقاة وقطاع الطريق وغيرهم بخلاف تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لان الفروض لا تعتر بالقرامات كما ذكرنا فـ لوم من عززه القاضى أو حسده أنه لادية فيه لان القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة والامتنع عن الاقامة (بخلاف) المضطر (حالة المخصصة لانه لا يمنع) عن الاكل (مخافة الضمان) لان فى الامتناع هلاك نفسه والضمان أخف عليه من هلاكها فلا تمتنع (أما الجهاد فينبى على اتلاف نفسه فيمتنع حذاره) واعلم أن المذهب عندنا فى المضطر أنه

يقصد بالرى الكافر فيصيب المسلم وان نقول اذا كان عالما بحقيقة قتله لم يصبه عند الرمي لم يكن فعله خطا بل كان مباحا مطلقا والباح المطلق لا يوجب الكفارة والديانة كذا فى المبسوط فان قيل ينبى أن تجب الديانة عليهم لقوله عليه السلام ليس فى الاسلام دم مفرج أى مطلق قلنا خصص عن هذا الحديث قاتل قطاع الطريق والبغاة فيخص المتنازع فيه لضرر ورة اعلاء كلمة الله (قوله بخلاف حالة المخصصة) أى يجب الضمان اذا

كانوا فى العصر اه فلا مكان الهجوم عليهم ومصافتهم فلا عتكم ذلك لكن لا يثنى هذا فيما اذا تغلبوا على حصن ونحوه من دار الاسلام بحيث لم يصردا حرب عند أى حنيعة ثم يقال الخذف خلاف الاصل فلا يصار اليه الا عند الضرر ورة من دلالة القواطع على خلافه (قوله جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرر ورة الخ) أقول الظاهر أن هذا الكلام الزامى والا فالحسن لا يجوز الرمي فنامل

المقول له وقوله (ولاباس  
بإخراج النساء والمصاحف)  
كلامه واضح سوى  
ما نسب إليه السرية عدد  
قليل يستبرون بالليل  
ويكمنون بالنهار وعن أبي  
حزيفة رضي الله عنه أقل  
السرية مائة وقال محمد في  
السيرة الكبير أفضل ما بيعت  
في السرية أذنائه ثلاثتو  
بعث بما دونه جاز وقال  
الحسن بن زيد من قول  
نفسه أقل السرية بأربع مائة  
وأقل الجيش أربعمائة  
وقوله (وهو التأويل الصحيح  
لقوله عليه الصلاوة والسلام  
لا تسافروا بالقرآن في أرض  
العدو) رواه ابن عمر وأما  
قيد التأويل بالصحيح احترازاً  
فما قال أبو الحسن القمي  
النهي كان في ابتداء الإسلام  
عند الله المصاحف وكذا  
روى عن الطحاوي وقوله

لا يجب عليه كل مال الغريم الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كما روي الطريق  
فلا حاجة الى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في نفي الضمان (قوله ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع  
المسلمين اذا كانوا عسكرا عظميا يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالتحقق ويكره اخراج ذلك في  
سرية لا يؤمن عليهم لان فيه تعريضهم على الضياع والغنيمة وتعرض المصاحف على الاستخفاف) منهم لها  
قال المصنف (وهو التاويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر وبالقرآن الى أرض العدو) وهذا  
الحديث رواه السنن الا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التاويل الصحيح احراز عما  
ذكر نفي الاسلام عن أبي الحسن القمي والصدور الشهيد عن الطحاوي أن ذلك انما كان عند ذلة المصاحف  
كلا لا ينقطع عن أيدي الناس وأما اليوم فلا يكره أما التاويل الصحيح فإذ كره المصنف وهو منقول عن  
مالك راوي الحديث فان أبادر وابن ماجه زاد بعد قوله الى أرض العدو قل مالك أرى ذلك تخافة أن يناله  
العدو والحق أنهم من قول النبي صلى الله عليه وسلم على ما أخرجه مسلم وابن ماجه عن الليث عن نافع عن ابن عمر  
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان ينهى أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو ويخاف أن يناله العدو  
وأخرجه مسلم عن أيوب السخيتي عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا  
بالقرآن فإلا لا آمن أن يناله العدو وروايت مسلم فإني أخاف فلذا أحكم القرطبي والنووي بانهم من قول النبي  
صلى الله عليه وسلم وغلطان زعم أنهم من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تاويله أو شك في سماعه  
ايها ما في فتاوى فاضل بختان قال أبو حنيفة أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعمائة ألف وفي المبسوط  
السرية عدد قليل يسرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى وكان المراد من شأنه ذلك والافتقار اليكمنون  
وكنه ما هو من السرية وهو السير بلا دكان الاولى أن يقال بعد قوله يؤمن عليه ويكره اخراجه فيما ليس  
كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طرفة كبيرة ليست مناسبة والذي يؤمن عليه في توغله في  
دار الحرب ليس الا العسكر العظيم وينبغي كونه اثني عشر ألفا لما روي انه عليه الصلاة والسلام قال لن يغلب  
اثنا عشر ألفا من ذلة وهو أكثر ما روي فيه هذا باعتباره أحوط وهذا ظاهر مذهبنا ومذهب الشافعي ومذهب  
مالك اطلاق النع أخذه باطلاق الحديث قال القرطبي لا فرق بين الجيش والسرايا عجميا باطلاق النص وهو  
وان كان نيل العدو في الجيش العظيم نادرا فتسببه وسقوطه ليس بناذرا وانت علمت أن العلة المنصوصة لما  
كانت تخافة نيله فيناط بمجاهدته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادرا مع الاهتمام والتشهر  
للعظماة عليه وذلك أن جملة لا يكون الامن يخاف نسيان القرآن في اخذها لتعااهده فيبعد ذلك منه  
وكتب الفقه أيضا كذلك ذكره في المحيط معز والى السبعين الكبير في كتب الحديث أولى ثم الاولى في اخراج  
النساء الجائز للعب والمداوة والسقي دون الشواب ولو اجمعت الى المباحة فالاولى اخراج الاماء دون الجائز

كل مال الغير له المخصصة وهذه هي التي قاس عليها الحسن بن زياد فقال اطلاق الرمي الضرورة قائمة بالجهاد لا ينفي الضمان كتناول مال الغير له المخصصة يطابق لمكان الضرورة فيجب الضمان هذا بخلاف حالة المخصصة لانه لا يمنع عن تناول مال الغير بخافة الضمان لان فيه احياء نفسه أما الجهاد فلان بناء على اتلاف نفس سواد الكفار وقد يكون مسلمون فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن القتال وهو فرض (قوله

(لما بينا) إشارة إلى قوله في  
الباب السابق لتقدم حق  
المولى والزوج وقوله (الا  
آن يهجم) استثناء من قوله  
لا تقاتل يعنى عند الضرورة  
يقاتلون لان الجهاد حينئذ  
يسير فرض عين ولا يظهر  
حق المولى والزوج عنده  
وقوله (والمثله المروية)  
يقال مثل الرجل أمثل به  
مثلا ومثله اذا سوت  
وجهه أو قاطعت أنفه وما  
أشبه ذلك وقصة مثله  
العربيين مشهورة وقد  
انتهت بالنهى المتأخر  
روى عمران بن الحصين أن  
رسول الله صلى الله عليه  
وسلم ما قام فبينا خطيبا بعد  
ما مثل بالعربيين الأكان  
يحدثنا على المدقوق بنما  
عن المثله فتخصيصه بالذكر  
في كل خطبة دليل على  
تأكيد الحرمة وقوله (ولا  
شيخا فانيا) قال في الدخيرة  
هذا الجواب في الشيخ  
الكبير الغاني الذي لا يقدر  
على القتال ولا على الصياح  
عند اللقاء الصغين ولا يقدر  
على الاحبال ولا يكون من  
أهل الرأي والتدبير ما إذا  
قال المصنف (ولا تقاتل  
المرأة الخ) أقول الظاهر  
أن هذا مستدرك اذ قد علم  
من قوله ولا يباشرون القتال  
جواز مقاتلة المرأة باذن  
زوجها أولا والجواب أن  
فسوله ولا يباشرون القتال  
من كلام نفسه وهذا من  
كلام المصنف

ولا يباشرون القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند ضرورة ولا يستحب اخراجهم للمباذنة والخدمة  
فان كانوا لا يدفعون جين فيلما ماء دون الحرائر (ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده) لما بينا  
(الا آن يهجم العدو على بلد للضرورة) وينبئ للمسلمين أن لا يغدر وأولا يغاولا ولا يغتالوا والقوله عليه الصلاة  
والسلام لا تغاولوا ولا تغدروا ولا تغتالوا والغلول السرقة من الغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثله المروية في  
قصة العربيين منسوخة بالنهى المتأخر هو المنقول (ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى

(ولا يباشرون القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة) وقد قالت أم سلمة يوم خيبر وأقرها  
عليه الصلاة والسلام حيث قال لتمامها خيبر من مقام فلان وفلان يعنى بعض المنزمنين (قوله ولا تقاتل المرأة  
الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا) من تقدم حق الزوج والمولى (الا آن يهجم العدو) على  
ما تقدم (قوله وينبئ للمسلمين) أى يحرم عليهم أن يغدروا أو يغاولوا أو يغتالوا والغلول السرقة من الغنمة  
والغدر الخيانة ونقض العهد (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغاولوا الخ) تقدم في حديث بريدة وقوله  
عليه الصلاة والسلام ولا تغتالوا أى المثله يقال مثل الرجل بوزن ضربت أمثل به بوزن انصر مثلا ومثله اذا  
سوت وجهه أو قاطعت أنفه ونحوه ذكره في الفائق وقول المصنف (والمثله المروية في قصة العربيين منسوخة  
النهى المتأخر هو المنقول) وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ في  
الصحيحين بعد رواية حديث العربيين قال حدثني ابن سيرين أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود وفي لفظ  
البيهقي قال أنس ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثله وقال أبو الفتح  
اليعمرى في سيرته من الناس من أبى ذلك الى أن قال وليس فيها يعنى آية الحاربة أكثر مما يشعر به الغظة  
انما من الاقتصار في حد الحاربة على ما في الآية وأما من زاد على الحاربة جنبايات أخر كما فعل هؤلاء كبارى ابن  
سعد في خبرهم أنهم قد هوى يد الرأى ورجله وغرز والشوك في لسانه وعينه حتى مات فليس في الآية ما يمنع  
من التغليب عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثله والمثله ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح  
مسلم انما سمى النبي صلى الله عليه وسلم أعينهم لانهم سملوا أعين الرأى ولو أن شخصاً جنى على قوم جنبايات في  
أعضاء متعددة فاقصر منه ما كان التشويه الذي حصل له من المثله وقال ذكر البغوى في سبب نزولها يعنى  
آية الجزاء سيما آخروا واختلفت في سبب نزول الآية الاقوال وطرق البها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا  
القول أن المثله بمن مثل جزاء ثابت لم ينسخ والمثله بمن استحق القتل لاعتنائه لا تحل لأنهم منسوخة لانهم لم  
يشرعوا ولا لان ما وقع للعربيين كان جزاء تمثيلهم بالرأى ولا شك أن قوله لا تغاولوا على ما تقدم من رواية الجماعة  
ونحوها اما أن يكون متأخرا عن مثله العربيين فظاهر نسخها ولا يدري فيعارض محرم ومبعض خصوصا  
والمحرم قول في تقدم المحرم وكما تعارض نصان وترجح أحدهما تضمن الحكم بنسخ الاخر واية أنس  
صريح فيه وأما من جنى على جماعة جنبايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع أنف رجل وأذن رجل وفقاعين  
وأخر وقطع يداً وأخر ورجل آخر فلا شك في أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه لكنه يجب أن يستأنى  
بكل قصاص بعد الذي قبله الى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل بمثابة أى مثله ضمننا لا قصدوا انما يظهر أثر  
النهى والنسخ فبمن مثل شخص حتى قتله فقطضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يعلل به ثم لا يخفى أن هذا بعد  
الظفر والنصر اما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتلا كبيرا وضرب فقطع أذنه ثم ضرب فقطع عينه فلم يفته فضررب  
فقطعت أنفه وبه ونحو ذلك (قوله ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا) أخرج الستة الا النسائي عن ابن عمر رضى الله

لما بينا) إشارة إلى قوله لتقدم حق المولى والزوج (قوله والمثله المروية في قصة العربيين منسوخة بالنهى المتأخر)  
قال عليه السلام لا تغتالوا بنامة الله تعالى أى يخلق الله تعالى وروى عن عمران بن الحصين رضى الله عنه أنه  
قال ما قام رسول الله عليه السلام فبينا خطيبا بعد ما مثل بالعربيين الا كان يحدثنا على الصدقة وبينما ناعن المثله  
فتخصيصه بالذكر كفى كل خطبة دليل على تأكيد الحرمة كذا في المبسوط (قوله ولا شيخا فانيا) ذكر في الدخيرة

لان المبيع للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده  
ورجله من خلاف والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالف الغاني والشيخ الغاني والمفسد والاعمى لان المبيع عنده  
الكفر والحجة عليه ما بيننا وقد صرح أن النبي عليه

عليهما أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان  
وأخرج أبو داود عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى له رسول الله لا تقتلوا  
شيئا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموأشنامكم وأصلحوأحسبوا أن الله يحب المحسنين  
وفيه خالد بن الغزير قال ابن معين ليس بذلك وأما معارضته بما أخرجه أبو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى  
الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرهم فاضعف منه ثم على أصول كثير من الناس لامعارضة  
بل يجب أن يخص الشيوخ بغير الغاني فان المذكور في ذلك الحديث الشيخ الغاني يخص العام مطلقا بالخاص  
نعم يعارض ظاهرهما بما أخرجه الستة عن الصعب بن جثامة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل الدار  
من المشركين يبيتون فيصاب من ذرارهم ونسائهم فقال عليه الصلاة والسلام هم منهم وفي لغظهم من آبائهم  
فيجب دفعا للمعارضة جملة على مورد السؤال وهم المبيتون وذلك أن فيه ضرورة عدم العلم والغصدا في الصغار  
بأنفسهم لان التبيت يكون معه ذلك والتبيت هو المسمى في عرفنا بالكبسة وما الظن الآن حومة قتل  
النساء والصبيان اجماع وأما الحديث الذي ذكر المصنف أنه عليه الصلاة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو  
ما رواه أبو داود والنسائي عن أبي الوليد الطيالسي عن عمر بن المرقع بن صبيح حدثني أبي عن جده رباح بن  
الربيع بن صبيح قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال  
انظر علام اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه تقابل وعلى المقدمة خالد بن الوليد  
فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتل امرأة ولا عسقا وأخرج النسائي أيضا وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن  
عن أبي الزناد عن المرقع وكذا أحمد في مسنده وابن جبان في صحيحه والحاكم في المستدرک وفي لفظه فقال هاه  
ما كانت هذه تقابل ثم قال وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جرير عن أبي الزناد فصار الحديث صحيحا  
على شرط الشيخين وهاه كامة زجر والهاء الثانية للسكت وإذا ثبت فقد على القتل بالمقاتلة في قوله ما كانت  
هذه تقابل فثبت ما قلنا من أنه معول بالحرابة فلم يزل قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس إياه ويمنع قتل النساء  
والصبيان أو يابس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة أخرى والاعتقال هو لاه وهو المراد  
بقول المصنف (والحجة عليه) أي على الشافعي (ما بيناه) يعني من عدم قتل يابس الشق لكن هذا الالتزام على  
أحد القولين له فانه ذكر في شرح الوجيز وفي الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوع اليدين والرجلين  
قولان في قول يجوز قتلهم وبه قال أحمد في رواية لعموم اقتلوا المشركين وروى عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا  
شيوخ المشركين واستبقوا شرهم ولا نهم كفار والكفر مبيع للقتل وفي قول لا يجوز زوجه قال أبو حنيفة ومالك  
وذكر ما ذكرناه من الحديث المانع من قتل الشيخ الغاني قال والمفسد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين  
في معناه وعن أبي بكر أنه أوصى يزيد بن أبي سفيان حين بعثه إلى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء  
ولا الشيوخ الخبر انتهى وأنت تعلم أن قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمى والنساء والصبيان بخار  
تخصيص الشيخ الغاني ومن ذكر المصنف بالقيام لولم يكن فيهم خبر فكيف وفيهم ما سمع بل ما قدمنا من  
أن النصوص مقيدة ابتداء بالحار بين على ما ترجم اليه وأما حديث الشيوخ فتقدم أنه ضعيف بالانقطاع  
عندهم وبالجملة بن أرمطة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرناه على أصولهم وأما قول المصنف (صريح أنه عليه

كان يقدر على ذلك يقتل  
لانه يقتله محاربو بصياحه  
محرض على القتال  
وبالدجال يكثر المحارب  
وقوله (لان المبيع عنده)  
أي للقتال هو (الكفر)  
وعندنا هو الحراب وقوله  
(ما بينا) إشارة إلى قوله  
ولهذا لا يقتل يابس الشق  
وهو الفلوح قبيل والمراد  
بالترارى هنا النساء وقوله

هذا الحراب في الشيخ الغاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند الثقاء الصغين ولا يقدر على الاحمال  
لانه اذا كان قادر على الاحمال يحج منه الولد فيكثر من محارب المسلمين (قوله والشافعي رحمة الله تعالى عليه  
يخالف الغاني والشيخ والمفسد) إلى قوله والحجة عليه ما بيننا إشارة إلى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق أي لو كان نفس

(هاه) كلمة تنبيه أُلحقت  
بآخرها هاه السكت  
(قوله الا أن يكون أحد  
هؤلاء من رأي في الحرب)  
لما صح أن رسول الله صلى  
الله عليه وسلم قتل دريد بن  
الصمة وكان ابن مائة  
وعشرين سنة وفي رواية  
ابن مائة وستين سنة لأنه كان  
صاحب رأي (قوله فهو في  
حال افاقته كالصبي) يعني  
يقتل سواء قاتل أو لم يقاتل  
كالصبي فإنه يقتل وإن  
لم يقاتل لكنه اغتال يقتل في  
حال افاقته لأنه من يقاتل  
ويخطب (قوله امتنع  
عليه) أي يقف عنده  
وبعاجله فيضرب قوائم  
فرسه ونحو ذلك وقوله  
(لما ينأ) إشارة الى قوله  
لان مقصوده الدفع والله أعلم  
قال المصنف (قوله تعالى  
وصاحبهما في الدنيا  
معروفا) أقول قد سبق في  
كتاب النفقة من الكتاب أنه  
لا يجب الانفاق على الأبوين  
الحريين وإن كانا مستامين  
وشرح الشراح أن قوله  
تعالى وصاحبهما الآية  
مخصوص بأهل النمة دفعا  
للتعارض فتأمل في جوابه  
قال المصنف (ولأنه يجب  
عليه احياءه) أقول ولا

الصلاة والسلام ثم عن قتل الصبيان والذراير وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال  
هاه ما كانت هذه تقاتل فلم تقتل قال (الآن يكون أحد هؤلاء من رأي في الحرب أو تكون المرأة ملكة)  
لأنه ضرر بهما إلى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشبهه ولان القتال مباح حقيقة (ولا يقتل مجنوننا)  
لأنه غير مخاطب الآن يقاتل فيقتل دفعا لشبهه غير أن الصبي والمجنون يقتلان مادام يقاتلان وغيرهما لا بأس  
بقتله بعد الأسر لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وإن كان مجنون ويقتل في حال افاقته كالصبي  
(ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولأنه يجب  
عليه احياءه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افتائه (فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره) لان المقصود يحصل  
بغيره من غير اتهمه الماتم وإن قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس به لان مقصوده الدفع لا ترى  
أنه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما ينأ هذا أولى والله تعالى أعلم بالصواب

الصلاة والسلام ثم عن قتل الصبيان والذراير قال مراد بالذراير النساء من اسم السبب في المسبب قال في  
العربيين وفي الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسما أي امرأة ولا أجيال المراد بالشيخ الغاوي الذي لا يقتل هومن  
لا يقدر على القتال ولا الصباغ عند التقاء اله غير ولا على الاحبال لأنه يجي منه الولد فيكثر بحارب المسلمين  
ذكره في الذخيرة وذكر الشيخ أبو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي أنه إذا كان كامل العقل يقتله  
ومثله يقتله إذا ارتد والذي لا يقتله الشيخ الغاوي الذي خوف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ  
يكون بمنزلة المجنون فلا تقتله وإذا ارتد قال وأما الزماني فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم إذا رأى الامام  
ذلك كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء وقتلهم أيضا إذا ارتدوا اه ولا تقتل مقطوع اليد المجني  
والمقطوع يده ورجله من خلاف وتقتل أقطع اليد اليسرى وأحدى الرجلين وإن لم يقاتل (قوله الا  
أن يكون أحد هؤلاء) استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف في هذا الاحد وضح أمره عليه الصلاة  
والسلام يقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما أو أكثر وقد غي لمساجي به في جيش هوازن  
للرأي وكذلك يقتل من قاتل من كل من قلنا أنه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة (الآن الصبي والمجنون  
يقتلان في حال قتالهما) أما غيرهما من النساء والرجال ونحوهم فاتهم يقتلون إذا قاتلوا بعد الأسر والمرأة  
الملكسة تقتل وإن لم تقاتل وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك لان في قتل الملك كسر شوكتهم وفي السبب الكبير  
لا يقتل الراهب في صومعته ولا أهل الكنائس الذين لا يخاطبون الناس فإن خاطبوا قتلوا كالقسيسين والذي  
يجوز ويغني يقتل في حال افاقته وإن لم يقاتل (قوله ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين) أوجده وأمه  
إذا قاتلت أوجده (بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا) نزلت في الأبوين ولو مشركين لقوله تعالى  
وإن جاهدك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم الآية (ولأنه يجب عليه الانفاق لاحتياته فيناقضه الاطلاق في  
افتائه فإن أدركه) أي أدرك الاب الابن ليعتله والابن قادر على قتله (امتنع) الابن (على الاب) بغير القتل بل

الكفر علة لقتل يابس الشق والمقطوع المجني والمقطوع يده ورجله من خلاف (قوله والذراير) أي النساء  
ههنا (قوله هاه) هي كلمة تعجب (قوله الآن يكون أحد هؤلاء من رأي في الحرب) وقد صرح أن النبي  
عليه السلام قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفي رواية ابن مائة وستين سنة لأنه كان صاحب  
رأي كذا في الذخيرة (قوله فإن أدركه امتنع عليه) وذ كرفي الذخيرة وإذا ظفر الابن بابيه في الصف لا ينبغي  
أن يقصده بالقتل ولا ينبغي أن يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حرا على المسلمين ولكن يجهسه الى موضع  
يستسك به حتى يجي غيره فيقتله ولو كان المشرك أحاله أن يبتدئ بقتله فان قيل قد سوى بين الاخ الباغي  
والاب الباغي حتى لا يجعل للعادل أن يبتدئ كل واحد منهما بالقتل فلم فرق ههنا بينهما قلنا الاخ إذا كان مسلما  
يجب احياءه بالانفاق وعليه وكذا يجب احياءه بالكف عن قتله وإن كان باغيا وإذا كان كافرا لا يجب  
احياءه بالانفاق عليه فكذا لا يجب احياءه بالكف عن قتله بخلاف الوالدين فإنه يجب احياءهما إذا كانا

\*(باب المواعدة ومن يجوز أمانه)\*

(واذا رأى الامام أن يصلح أهل الحرب أو فر يقام منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينهم وبينهم عشرين ولان المواعدة جهاد معني اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود هو دفع

بشغله بالمحاولة بان يعر قب فرسه أو يعارحه عن فرسه ويجهه الى مكان ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حرا علينا بل يجهه الى أن يفعل ما ذكرنا ولا بدعه أن يهرب الى أن يجي من يقاتله فاما ان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان مسلما أراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه الا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا يدفع شره فهنا أولى ولو كان في سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفي للنجاة أحدهما كان للابن شره ولو كان الابن يموت وينبغي أنه لو سمع أباه المشرك يذكر الله أو رسوله بسوء فيكون له قتله لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أبا هاشم سمع بسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره الابن قتل ابنه المشرك وكذا سائر القربان عندنا كالع والخال يباح قتلهم ولا مناقضة لان نفعه ذوى الارحام عندنا لا تجب الا لله بلين منهم بخلاف القربان البغاة يكره أن يذبحهم كلاب وأما في الرجم اذا كان الابن أحد الشهود فليتبدى بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلاً بحصاة والله الموفق

\*(باب المواعدة ومن يجوز أمانه)\*

المواعدة المسالمة وهو جهاد معني لا صورة فآخره عن الجهاد صورة ومعني وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضى سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم توجد منه أصلاً ويثبت على ذلك وكيف وهو مكافئ بتركه في جميع عمره والا كان تكليفاً بالمحال (قوله واذا رأى الامام أن يصلح أهل الحرب أو فر يقام منهم) بمال وبلاد (وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله والاية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة للمسلمين في ذلك بآية أخرى هي قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون فاما اذا لم يكن في المواعدة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم كسر السنين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى وألقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول أنها اما منسوخة ان كانت الثانية بعدها أي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة أو المأخوذة في حالة عدم وجود المصلحة ان لم يعلم ثم ترجح مقتضى المنع أعني آية ولا تهنوا كما هو القاعد في تقديم المحرم وأما حديث موادعة عليه الصلاة والسلام أهل مكة عام الحديبية عشرين فنظر فيه بعض الشارحين بان الصحيح عند أصحاب المغازي أنهم استنابوا كذا ذكره معتبرين سليمان عن أبيه، وليس بالازم لان الحاصل ان أهل النفل يختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى بن عقبة أنها كانت سنتين أخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مسلاً ثم قال البيهقي وقولهم ما سنتين يريدان بقضاء سنتين الى أن تنقض المشركون عهدهم وخرج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة وأما المدة التي وقع عليها عقد السلم فيشبهه أن يكون المجفوط ما رواه محمد بن اسحق وهي عشرين اه وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور وفي سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن يتعقبه ورواه أبو داود من حديث محمد بن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطلموا على وضع الحرب عشرين يامن فيها الناس وعلى أن يفتنأعية مكفوفة وأنه لا إسلا ولا اغلال ورواه أحمد رحمه الله في مسنده مطولاً بقصة الفتح حديثاً يزيد بن

كافر من بالانفاق عليهم ما فكذلك يجب الاحياء بالكف عن قتلها والله تعالى أعلم بالصواب

\*(باب المواعدة ومن يجوز أمانه)\*

(قوله واذا رأى الامام أن يصلح أهل الحرب أو فر يقام منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولا يجب عليه ان الصلح انما شرع نفسه في حق المسلمين فلو وجب اصابوا حقاً

\*(باب المواعدة ومن يجوز أمانه)\*

والمواعدة المصالحة ومبني بها لانها متاركة وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال نظائر المناسبة (قوله وكان ذلك مصلحة) قيل عليه بان قوله تعالى وان جنحوا للسلم ليس بمقيد بالمصلحة فكان الاستدلال

رد النقض بالان فانه ليس كلاب وان شئت فريد التفصيل فارجع الى غاية البيان في كتاب المغرور في النفقة أيضاً

\*(باب المواعدة ومن يجوز أمانه)\*



به بخالف المسمى وأجيب بان هذه الآية مجحولة على ما اذا كانت في المصلحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى ولا تنهوا وتعدوا الى السلم وأنتم الاعلون وبذلك لايات الموجبة للقتال والالزام للتناقص لما أن موجب الامر بالقتال يخالف لموجب الامر بالمصلحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا من ادعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة على ما ذكر في الكتاب (ولا يقتصر الحكم على المدة المروية) وهي عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة المودعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص وقوله (لتعدى المعنى) وهو دفع الشر وقوله (بخلاف ما اذا لم يكن (خبراً) حيث لا يجوز للامام أن يوادعهم

عمل بقوله تعالى ولا تنهوا وتعدوا الى السلم ولان المودعة ترك الجهاد صورة ومعنى أمأصوره فظاهر حيث تركوا القتال وأما معنى فلا نه للمسلم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن في تلك المودعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضاً وقوله بهذا اليهم بهذا الشيء من يده طرحة وروى به بنو النوذ العهد بنقصه وهو من ذلك لانه طرحه وقوله (بنسب اليهم) أي بعث اليهم من

(قوله وأجيب بان هذه الآية الشريفة الى قوله وأتم الاعلون) أقول فيه بحث لان المنهى عنه في هذه الآية هو البداية بالدعوة الى السلم من جانب المسلمين والمأمورية في الآية السابقة هو الميل اليها اذا مالوا اليها أولاً فلا مخالفة بينهما حتى يعزل بالمصلحة ويرفع المناقاة ولعل النهي عنه انما هو لان فيه الحاقاً للمذلة بالمسلمين كما يدل عليه قوله تعالى ولا تنهوا عنكم أن يقال ان في هذه الآية دلالة على أنه لا يجوز الدعوة الى

الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خبراً لانه ترك الجهاد صور ومعنى (وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع بهذا اليهم وقال لهم) لانه عليه هرون أنبانا ابن اسحق فساد الى أن قال على وضع الحرب عشر سنين يامن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض وكذا رواه الواقدي في المغازي حدثني ابن أبي سبرة عن اسحق بن عبد الله بن أبي بردة عن واقد بن عمرو فذكر قصة الحديبية الى أن قال على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تنفي المعارضة فيجب اعتباره فان السكك اتفقوا على أن سبب الفسخ كان نقض قرش العهد حيث أعانوا على خراعة وكانوا دخلاً في حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختافوا في مدة الصلح فوقع الخلاف فظاهر بان مراد من قال سنين ان بقاء سنتين ومن قال عشر قال انه عقد عشر كما رواه كذلك فانه لا تنافي بينهما حيث أن الله سبحانه أعلم (قوله ولا يقتصر الحكم) وهو جواز المودعة (على المدة المذكورة) وهي عشر سنين (لتعدى المعنى) الذي به على جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحة لهم فانه قد يكون باكثر بخلاف ما اذا لم تكن) المودعة أو المدة المسماة (خبراً) للمسلمين فانه لا يجوز (لانه ترك الجهاد صورة ومعنى) وما أجمع الا باعتبار أنه جهاد وذلك انما يتحقق اذا كان خيراً للمسلمين والا فهو ترك للمأمور به وبهذا ينسحق ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشر سنين وان كان الامام غير مستظهر وهو قول الشافعي ولقد كان في صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما اتقوا بالانكشاف محاسن الاسلام للذين كانوا متابعين لا يعقلونها من المسلمين لما قاربهم وتخالطوا بهم (قوله وان صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع بهذا اليهم) أي ألقى اليهم عهدهم وذلك بان يعلم أنهم أجمع على أن وقع قال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبأ اليهم على سواء أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك لكن ظاهر الآية أنه مقيد بخوف الخيانة وهو

عليهم في قلب الحكم على عكسه وهذا كالأصل ما شرع حقاً لفلان ولو وجب اصراراً علينا فان قبل الآية عامة تقتضي أن لا يكون في المصلحة بأس سواء كانت مصلحة أو لم تكن وقد قيدت بالمصلحة قلنا هذه الآية مجحولة على ما اذا كانت في المصلحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهي قوله تعالى فلا تنهوا وتعدوا الى السلم وأنتم الاعلون وبذلك لايات الموجبة للقتال والالزام للتناقص لان موجب الامر بالقتال يخالف لموجب الامر بالمصلحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو ما ذكر في الكتاب (قوله ولا يقتصر الحكم على المدة المروية) وهي عشر سنين فكانت هذه المدة من المقدرات التي لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة المودعة تدور مع المصلحة وهي قد تزيد وقد تنقص (قوله لتعدى المعنى) وهو دفع الشر لما أنه يحتمل أن يكون مصلحة المسلمين فيما زاد على عشر سنين بخلاف ما اذا لم يكن خبراً حيث لا يجوز للامام أن يوادعهم لقوله تعالى فلا تنهوا وتعدوا الى السلم ولان قتال المشركين فرض وترك ما هو فرض من غير عذر لا يجوز (قوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى) أمأصوره فظاهر حيث ترك القتال وأما معنى فانه للمسلمين أن يكون فيه مصلحة للمسلمين لم تكن في ذلك

السلم اذا كان بهم ضعف فان النهي يقتضي المشروعية كما بين في علم الاصول (قوله وبذلك لايات الموجبة للقتال) قول الايات الموجبة للقتال معلومة التاخر عن آيات السلم كما صرح به في النهاية وأيضاً آية السلم زلت مع الايات المنزلة في شأن بني قريظة وهذه زلت في سورة التوبة منها قوله تعالى فاتوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يملؤا الجزية الآية فتكون تلك الآية ناسخة لها فكيف يستدل بها (قوله وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خبراً الى قوله ولا تنهوا الآية) أقول فيه بحث والظاهر أن يقال ان هذه الآية الكريمة لا تدل على عدم جواز المسألة اذا طلبوا منها فكيف يستدل بها (قوله ولان المودعة ترك الجهاد صورة ومعنى الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو من ذلك الخ) أقول أي النسخة بمعنى نقض العهد من المنبذ بمعنى الطرح

السلام نبذ المواقعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ولأن المصلحة لم تبدل كانت النبذ جهادا وإيغاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحريزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في العهد وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى جميعهم ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر إلى أطراف ملكه لأن بذلك ينتفي الغدر قال (وان بدؤا بخيانه قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم) لأنهم صاروا ناضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه بخلاف اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وفاتوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه غير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناضين للعهد لأنه باتفاقهم معنى

بعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم (في العهد وفاء لا غدر) أي هي وفاء (قوله ولا بد من اعتبار مدة الخ) قال الله تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك فعرفنا أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا إلى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحريز عن الغدر

مثل ان علمت فيهم خيرا في الحكمة وأعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حرا بائنا والاجماع على أنه لا يتعبد بخطور الخوف لأن المهادنة في الأول ما صحت الا لأنها أنفع فلما تبدل الحال عاد إلى المنع (ولا بد من النبذ تحريزا عن الغدر) وهو محرم بالعمومات نحو ما صرح البخاري عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر وروى أبو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرض أو برذون وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر فنظر واذا هو عمرو بن عبسة فارس اليه معاوية فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد ففليس بدعه ولا يحلها حتى ينقض أمدها أو ينبذ اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس ورواه أحمد وابن حبان وابن أبي شيبة وغيرهم وأما ما ذكر المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف في كتب الحديث الا من قول عمرو بن عبسة هذا وأما استدلاله بأنه صلى الله عليه وسلم نبذ المواقعة التي كانت بينه وبين أهل مكة فالإتيان يجعل دليلا فيما يأتي من قوله (وان بدؤا بخيانه قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم لأنهم صاروا ناضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه) وكذا اذا دخل جماعة منهم لهم منعة وفاتوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم خاصة فيكون ويسترقونهم ومن معهم من الذراري الا أن يكون باذن ملكهم فيكون نقضا في حق الكل ولولم تكن لهم منعة لم يكن نقضا في حقهم ولا في حق غيرهم واما قلنا هذا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يبدأ أهل مكة بل هم بدؤوا بالغدر قبل مضي المدة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم بل سأل الله تعالى أن يعصى عليهم حتى يبعثهم هذا هو المذهب لجميع أصحاب السير والمغازي ومن تلقى القصة ورواها كوفي حديث ابن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قال كان في صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شاء أن يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت خزاعة في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدنة نحو السبعة والثمانية عشر شهرا ثم ان بنو بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوأ على خزاعة الذين دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا يسميهم فقال له الوثير قريش من مكة وقالت قريش هذا ليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد فاعانوا بني بكر بال سلاح والكرراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك يخبره الخبر فلما قدم عليه أنشده

لاهم لي ناشد محمدا \* حلف أبينا وأبيه الا تلتدا  
ان قريشا أخلفوا الموعدة \* ونقضوا ميثاقك المؤكدا  
هم يبتون بالوثير هجدا \* فقتلونا ركبا وسجدا  
\* فانصر رسول الله نصر اعتدا \*

المواقعة دفع الشرف فلم يحصل الجهاد معنى أيضا

(واذا)

(واذا رأى الامام موادة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك بالافلاس به) لانه لما جازت الموادة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن لا يجوز لما بيننا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا ولا لانه في معنى الجزية اما اذا حاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى (وأما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في أمرهم) لان الاسلام مرجوم منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم (ولا يأخذ عليه مالا) لانه لا يجوز أخذ الجزية منهم لمائنين (ولو أخذ لم يرده) لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو والمسلمين وطلبوا الموادة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعلها الامام لمافيهم من اعطاء الدنية والحق المسئلة باهل

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمر وبن سالم ثم أمر الناس فتجهزوا وسال الله أن يعنى على قریش خبرهم حتى يفتنهم في بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وان أبابكر قال له يا رسول الله ألم يكن بينك وبينهم مدة قال ألم يبلغك ما صنعوا بيني كعب ورؤاه الطبراني من حديث ميمونة ورؤاه ابن أبي شيبه مرسل عن عروة ورؤاه مرسل عن جماعة كثيرين في كتاب المغازي وفيه فقال أبو بكر يا رسول الله أولم يكن بيننا وبينهم مدة فقال انهم غدروا ونقضوا العهد فانا غار بهم ثم في النبل لا يكتفى بمجرد ادعائهم بل لابد من مضى مدة يمتنع ملكهم بعد علمه بالنقض من انفاذ الخبر الى أطراف مملكته ولا يجوز أن يغير على شيء من بلادهم قبل مضى تلك المدة (قوله وان رأى الامام موادة أهل الحرب وان يأخذ) المسلمون (على ذلك لا جاز لانه لما جاز بالمال في المال وهو أكثر نفعاً أولى الآن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن فلا يوادعهم لما بيننا من قبل) يعنى قوله لانه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز أن يكون إشارة الى قوله لانه يشبه الاجر يعنى في مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضى ان الموادة تجوز وأخذ مالهم لا يجوز اذا كان مال المسلمين كثير غير أنهم ليسوا امتا هين للحر بل لقله العدد الحاضر لتعرف المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لان ذلك كله جهاد وفي أخذ مالهم كسر لشوكتهم وتعليل لمادتهم فاخذ له هذا المعنى من الجهاد لا الاجرة على الترك وباعتباره ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية ان كان قبل النزول بساحتهم بل برسول اما اذا نزل بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي لانه مأخوذ منهم قهراً معنى (وأما المرتدون فلا بأس بوادعهم ومعلوم أن ذلك اذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب والافلاان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولها ذنبه الغنمة أبو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على دار من دوار الاسلام فلا بأس بوادعهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لانه في معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله (المائنين) يعنى في باب الجزية (و) مع هذا (لو أخذ له ليرده) عليهم لان مالهم في المسلمين اذا ظهر وبخلاف ما اذا أخذ من أهل البنى حيث رد عليهم بعدما وضعت الحرب أوزارها لانه ليس فيا إلا أنه لا يرده حال الحرب لانه اعانة لهم (قوله ولو حاصر العدو والمسلمين وطلبوا الموادة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعلها الامام لمافيهم من اعطاء الدنية) أى النقيصة ومن ذلك قول عمر لابي بكر رضى الله عنهما في الحديبية وكان نجاشي الصلح ليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال أبو بكر بلى قال أولسنا بالمسلمين قال بلى قال أولسوا بالمشر كين قال بلى قال فعلم نعطى الدنية في ديننا فقال له أبو بكر الزم غرضه فاني أشهد أنه رسول الله فقال عمر وأنا أشهد أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره ابن اسحق في السير وفي الحديث ليس للمؤمن أن يذل نفسه فالعزة خاصية الايمان قال الله

(قوله لما بيننا من قبل) أن المقصود من الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى لاسباب الاموال الا أن أخذ المال يجوز حاجة المسلمين كالجزية (قوله اذا لم ينزلوا بساحتهم) أى اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحر (قوله ولو أخذ لم يرده) لانه مال غير معصوم وفي الرد عليهم معونة لهم على القتال

وقوله (لما بيننا من قبل) يعنى قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله (اذا لم ينزلوا بساحتهم) أى اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للعرب وقوله (لانه مأخوذ بالقهر معنى) يعنى فيكون كالماخوذ قهراً بصورة ومعنى وهو المأخوذ بسد الفتح بالقتال وقوله (لمافيهم من اعطاء الدنية) أى النقيصة

(قال المصنف ولا يأخذ عليه ماله لا لا يجوز أخذ الجزية منهم المائنين) أقول هذا انما يدل على عدم جواز أخذ المال منهم قبل الاحصار ولادالة فيه على عدمه بعده فتأمل قال في الكافي ولا يأخذ منهم على ذلك مالا لان أخذ المال تقرير لهم على ذلك اه وفيه بحث فان الموادة تكون بزمان معين فلو أخذ منهم على ذلك مالا مقدراً الى ذلك الزمان كيف يكون تقرير اليهم عليه

وقوله (الاذخاف الهلاك) يعني (٢٠٨) على نفسه ونفس سائر المسلمين فينتزلا باس بدفع المال لمار وي أن المشركين

الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن

تعالى والله العزة ورسوله والجموع من (الاذخاف) الامام (الهالك) على نفسه والمسلمين فلا باس لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء في وقعة الخندق أرسل الى عيينة بن حصن الغزاري والحارث بن عوف بن أبي حارثة المري وهما قائدان غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرجعا عنهما ما جرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عز بعة الصلح فلما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفعل بعث الى سعد بن معاذ وسعد بن عباد فذكرا له ما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله أأمرنا بحجبه فتصنعه أم شيئا أمرك الله به لا بد لنا من العمل به أم شيئا تصنعه لنا قال بل شئ أصنعه لكم والله ما أصنع ذلك الا في رأي العرب قدرتمكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فاردت أن أكرس عنكم من شوكتهم الى أمر ما فله سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطعمون أن يا كلوا منا فترة الا قرى أو بيعا أخين أكرمنا الله بالاسلام وهذا له وأعزنا بك وبه نعطهم أموالنا ما لنا بهما من حاجة والله ما نعطهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فانت وذلك فتناول سعد الصبيحة فجعل يماقها من الكتاب ثم قال ايجدوا علينا قال محمد بن اسحق حدثني به عاصم بن عمرو بن قتادة ومن لا أنهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري وعمل المصنف هذا بقوله (لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن) وهو تساهل فانه لا يجب دفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا يقتل غيره ولو أكره عليه يقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح أن يرد عليهم من جاء مسلم منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فصار ينادى يا معشر المسلمين أورد الى المشركين يقتلونني عن ديني فقال له عليه الصلاة والسلام اسبرأ يا جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولن معك من المستضعفين فرجا ونجرا جاوذا ردا بأبصار وأمالو شرط مثله في النساء لا يجوز ردهن ولا شك في انفساخ نكاحها فلو طلب زوجها الحربي المهر هل يعطاه لاشافي فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك وأحمد وفي قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال

(قوله الا اذا خاف الهلاك) أي اذا خاف الامام الهلاك على نفسه ونفس سائر المسلمين حينئذ لا باس أن يفعل لمار وي أن المشركين لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون كما قال الله تعالى هناك ابتلى المؤمنون وزلزلوا زلازلا شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع عن معه على أن يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فاني الا النصف فلما حضر رسوله ليكتبوا بين يدي رسول الله عليه السلام قام سيد الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عباد ورضي الله عنهما وقال يا رسول الله ان كان هذا وحيا فامض لما أمرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطعمون في ثمار المدينة نسبة الاشراء أو قرى فاذا أعزنا الله تعالى بالدين وبعث فينا رسوله نعطهم الدينونة لا نعطهم الا بالسيف فقال عليه السلام اني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاجبت أن أصرفهم عنكم فان أبيتم ذلك فانتهم وذلك اذهبوا ولا نعطكم الا بالسيف فقدمال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع من ذلك وقد كان رسول الله عليه السلام يعطى المؤلفة قلوبهم من الصدقة لدفع ضررهم عن المسلمين فدل أنه لا باس بذلك عند خوف الضرر وكذا في المسوط (قوله لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن) وفي هذا التعميم شبهة وهي أنه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بقتل غيره لا يجب عليه دفع الهلاك عن نفسه بقتل غيره بل الصبر عن قتل الغير واجب لو

لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون الى ما أنشأه الله عليهم بقوله تعالى هناك ابتلى المؤمنون وزلزلوا زلازلا شديدا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع عن معه على أن يعطيه في كل سنة ثلث ثمار المدينة فاني الا النصف فلما حضر رسوله ليكتبوا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قام سيد الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عباد وقال يا رسول الله ان كان عن وحى فامض لما أمرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطعمون في ثمار المدينة الاشراء أو قرى فاذا أعزنا الله بالدين وبعث فينا رسوله نعطهم الدينونة لا نعطهم الا بالسيف فقال عليه الصلاة والسلام اني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاجبت أن أصرفهم عنكم فان أبيتم ذلك فانتهم وذلك اذهبوا ولا نعطكم الا بالسيف فقدمال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح في الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع من ذلك (قوله باى طريق يمكن) قيل في هذا التعميم شبهة

ولا

وهي انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر أو بقتل غيره أو بالزنا فان دفع الهلاك بذلك عن نفسه غير واجب بل هو مخصص فيه حتى لو قتل فيها بصبر عنها كان شهيدا وأوجب عنها بان معنى

(ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يجوز اليهم) لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحله اليهم ولأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما ينال وكذلك الحديد لأنه أصل السلاح وكذا بعد المواقعة لأنهم على شرف النقض أو الانقضاء فكانوا حرا بآلينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب إلا أن أعرافنا بالنص فإنه عليه الصلاة والسلام أمر بمعاملة أهل مكة وهم حرب عليه

الكلام بأي طريق يمكن  
سوى الأمور التي رخص  
فيها ولم يجب الأقدام عليها  
وأقول الواجب بمعنى  
الثابت فنسند دفعه أيضا  
وقوله (ولا يجوز اليهم) أي  
لا يبيع التجار اليهم بالجهاز  
وهو فاخر المتاع والمراد به  
ههنا السلاح والكراع  
والحديد وقوله (لما ينال)  
يعنى قوله ولأن فيه تقويتهم  
على قتال المسلمين ويقال  
مارأهله أي أتاهاهم بالطعام

(١) بحر بن كثير كذا هو في  
الخلاصة بمجمله بعد الموقعة  
وأبو بنون وآخره موحدة  
وهو الصواب ويصغر ما وقع  
في بعض النسخ من بحر بن  
كثير كتبه بمجمله

أيضا إذا فرق بين النساء والرجال في ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم أكثر وحسن شرع ذلك كان في قوم  
من أسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فإن كل قبيلة لا تتعرض أن فعل ذلك من قبيلة أخرى أنما يتول ردعه  
عشيرته وهم لا يبالغون فيه أكثر من القيد والسب والاهانة وقد كان بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه  
وسلم جماعة من المستضعفين مثل أبي بصير وأبي جندل بن عمرو بن سهيل إلى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم  
النكابة عاشروهم والامر الآن على خلاف ذلك (قوله ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب)  
إذا حضروا مستأمنين (ولا يجوز اليهم) مع التجار إلى دار الحرب (لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع  
السلاح من أهل الحرب وحله اليهم) والمعروف ما في سنن البيهقي ومسنند البزار ومجمع الطبراني من حديث  
(١) بحر بن كثير السقاء عن عبيد الله اللقيط عن أبي رباح عن عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه  
وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب أنه موقوف وأخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد  
ابن مصعب العرقساني وقد اختلف فيه ضعفة ابن معين وقال ابن عدي وهو عندى لا بأس به ونقل عن أحمد  
نحو ذلك قال المصنف (ولأن فيه) أي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم (تقويتهم على قتال المسلمين وكذا  
الكراع) أي الخيل ولا فرق في ذلك بين ما قبل المواقعة وبين ما بعدها (لأنه على شرف الانقضاء والنقض)  
قال (وهو القياس في الطعام) أي القياس فيه أن يمنع من حله إلى دار الحرب لأن به يحصل التقوى على كل شيء  
والمقصود أضعافهم (الأناء عرقناه) أي نقل الطعام اليهم (بالنص) يعني حديث ثمانية وحديث أسلمه رواه  
البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن أبي هريرة عن كركرة عن أسلم عن ثمانية وفي آخره قوله  
لاهل مكة حين قالوا له أصبوت فقال إني والله ما صبوت ولكني أسلمت وصدقت محمد وأمنت به وأيم الذي نفس  
ثمالة بيده لا تأتينيكم حبة من اليمامة وكانت يرف مكة ما بقيت حتى ياذن فيها محمد صلى الله عليه وسلم وانصرف  
إلى بلده ومنع الحبل إلى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسألونه بإراحهم أن  
يكتب إلى ثمالة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام في آخر السيرة  
وذكر أنهم قالوا له صباث فقال لا ولكني اتبعت خير الدين ومن محمد والله لأصل اليكم حبة من اليمامة حتى  
ياذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أن قال فكتبوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنك تأمر بصله  
الرحم وأنت قد قطعت أرواحنا فكتب عليه الصلاة والسلام إليه أن يخلى بينهم وبين الحبل وأما بيع الحديد  
فمنعها المصنف (لأنه أصل السلاح) وهو ظاهر الرواية فإن الحكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب غير  
الاسلام في شرح الجامع الصغير إلى أنه لا يكره حيث قال وهذا في السلاح وأما فيما لا يقتل به إلا بضعة فلا  
بأس به كما كرهنا بيع المزامير وأطلنا بيع الخرو لم يربيع العنب بأس ولا يبيع الخشب وما أشبه ذلك وقال  
الفتحية أبو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصور ممن يجعله خرا الان العصور ليس بأسا المعصية بل  
يصير آلة لها بعد ما يصير خرا وأما هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قبل بإشارة  
هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره (فروع من المبسوط) طلب ملك منهم الزمة على أن يترك أن يحكم في  
أهل مكة مشاءه من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لا يجب إلى ذلك لأن التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام  
ولأن الذي من ياتزم أحكام الاسلام فيما يرجع إلى المعاملات فنشرط خلافا باطل ولو كان له أرض فيها قوم  
لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه إلا بالزنافة كان معنى لاذ كور في الكتاب لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق

\*(فصل)\* (إذا أمن رجل حراً وامراً فحره كافراً أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم) والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تشكافداؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أى: أمانهم

من أهل مملكته هم عبيده يسع منهم ماشاء فصالح وصار ذمة فهم عبيده كما كانوا يسعهم ان شاء الله عقد الذمة خلف عن الاسلام في الاحرار ولو أسلم كانوا عبيد فكذا اذا صار ذمياً وهذا لانه كان مال الكاهن يده القاهرة وقد ازدادت وكادة بعد الذمة فان ظفر عليهم عذرة فاستندتهم المسلمون فانهم يردونهم على هذا الملك بغير شئ قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر أموال أهل الذمة وهذا لان على المسلمين ان قيام بدفع الظلم عن أهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين وكذا لو أسلم الملك وأهل أرضه أو أسلمواهم ودونه هم عبيده ولو وادعوا على أن يؤدوا كل سنة شيئا معلوماً على أن لا يجزى عليهم في بلادهم أحكام المسلمين لا يفعل ذلك لأن يكون خيراً للمسلمين لانهم بهذه المودة لا يلتزمون أحكام المسلمين ولا يجزى جوت من أن يكونوا أهل حرب وترك القتال مع أهل الحرب لا يجوز إلا أن يكون خيراً للمسلمين ثم ان فعل ذلك ان كان بعد ما باحاط بهم الجيش أو قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على أن يؤدوا البهم في كل سنة ما تترأس من أنفسهم وأولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على جماعةهم فكانوا كلهم مستأمنين واسترقاق المستأمن لا يجوز الا ترى أن واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لا يجوز تعليق شئ من نفوسهم وأولادهم بحكم تلك المودة لان حربهم ناكدة بخلاف ما لو صالحوهم على ما تترأس باعياهم أول السنة وقالوا أمئنا على أن هؤلاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقلة على ان نعطيكم كل سنة ما تترأس من رقيقنا فانه جائز لان المعين في السنة الاولى لا تتناولهم المودة ومنها ثبت الامان لهم وذا جعلوهم مستثنى من المودة بجعلهم اياهم عوضاً للمسلمين صاروا بمالك المسلمين بالمودة والمشر وط في السنين السكتة بعد المودة أرقاء فجاز ولو سرق مسلم مالهم بعد المودة لا يحل شراؤه منه لان مال المستأمن لا يملك بالسرقة لانه عذر فلا يصح شراؤه منه ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشترى منهم ما أخذوه من أموالهم لانهم ملكوها بالاحراز كمال المسلمين ثم لا يلزم رد شئ من ذلك عليهم ولا بالثمن لانهم بالمودة متماخرون جوا عن كونهم أهل حرب اذ لم ينقادوا الى حكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه في أمان المسلمين

\*(فصل)\* لما كان الامان نوعاً من المودة لان فيه ترك القتال كالمودة ذكره في فصل على حدة وكلامه واضح وقوله (ويسعى بذمتهم) أى: بعهدهم وأمانهم أدناهم أى: أمانهم

\*(فصل في الامان)\* وهو نوع من المودة في التحقيق (قوله اذا أمن رجل حراً وامراً فحره كافراً أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم) على اسناد المصدر الى المفعول (ولم يجز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تشكافداؤهم) أى: لا تزدية الشر يف على دية الوضيع (ويسعى بذمتهم أدناهم) أخرج أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تشكافداؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يدعى من سواهم ومعنى رد عليهم أقصاهم أى: رد الابعد منهم التبعه عليهم وذلك ان العسكر اذا دخل دار الحرب فاقتطع الامام منهم سرايا ووجهها للاغارة فما غنمته جعل لها ما شئى ورد ما بقى لاهل العسكر لان بهم قدرت السر يا على التوغل في دار الحرب وأخذ المال وأما قوله وهم يبالغ أى: كانهم آله واحدة مع من سواهم من المال كالعضو الواحد

يمكن سوى المستثنيات التي لا باحة في مباشرتها أو رخص فيها ولم يجب الاقدام اليها يقال مارأله أى: أمانهم بالطعام والله أعلم بالصواب \*(فصل)\*

(قوله صح أمانهم) هذا من قبيل اضافة المصدر الى المفعول وهو جماعة الكفار وأهل الحصن منهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تشكافداؤهم أى: يتساوى في حكم القصاص والدية لافضل لشر يف على وضيع فيكون دليلاً على مساواة العبد الحر في حكم القصاص ويسعى بذمتهم أدناهم أى: أقلمهم لانه يذ كر الادنى ويراد

وهو الواحد) لانه لا أقل منه وانما يفسر الأدنى ههنا بالاقل احتراماً من تفسير محمد حيث فسره بالعبد لانه سبحانه من الدناءة والعبد أدنى المسلمين وقوله (ولانه) أى ولان كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل (٢١١) فظاهر وأما امرأة قتالها فبالتدبير بالمال أو بالعبد

وأما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل معناه بنفسها وقوله (لما قاتله) أى الملاقاة الامان (سأله) لان محله هو محل الخوف وهو موجود فيه ما غلب على ما ذكرنا وقوله (ثم يتعدى) أى الامان (الى غيره) أى غير الذى آمن من أهل الاسلام كفى شهادة ومضان فان الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه الى غيره (قوله ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان) أى التصديق بالقلب (فكذا الامان لا يتجزأ) فاذا تحقق من البعض فاما ان يبطل او يكمل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثانى كما اذا وجد الانسكاك من بعض الاولياء المتساوية فى الدرجة مع النكاح فى حق الكل لان سبب ولايته وهو القرابة غير متجزئ فلا تجزأ الولاية فتكذلك ههنا واعلم ان المصنف استدلل بالمعقول على وجهين جعل المناط فى احدهما كون من يعطى الامان ممن يخافونه وفى الآخر الايمان والاول يقتضى عدم جواز امان العبد المحجور والتاجر والاسير والثانى يقتضى جواز هؤلاء جعلها معاملة واحدة يحذف الواو من الثانى ليقع على

وهو الواحد ولانه من أهل القتال فيخافونه: هو من أهل المنفعة فيتحقق الامان منه الملاقاة محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزأ فيتم كماله كولاية الانسكاك

باعتبار تعاونهم عليهم لكون رواه ابن ماجه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويحبر عليهم أوصاهم وهم يد الحديث ففسر الردي ذلك الحديث بالاجارة فالحديث يرد الاجارة عليهم حتى يكون كلهم مجبراً والمقصود من هذا الحديث محل الدية وهو فى الصحيحين عن على رضى الله عنه قال ما كتبنا عن النبی صلى الله عليه وسلم الا القرآن وما فى هذه الصحیفة قال عليه الصلاة والسلام المدينة حرم فمن أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أضاع مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفاً ولا عدلاً وأخرج البخارى نحوه أيضاً من حديث أنس ومسلم عن حديث أبي هريرة ومن قال ان الشيخ علاء الدين وهم اذا خرج من حديث على من جهة أبي داود والواقع أن الشيخين أخرجا ما فى الصحيحين ليس فيه تكافؤهم وهو يريد أن يخرج مذكوره فى الهداية لانه هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصنف أدناهم بأقلهم فى العدد (وهو الواحد) احتراماً عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كسبياتى وليس بالازم اذ هو على هذا التفسير أيضاً فيه دليل لمحمد وهو الطلاق الأدنى بمعنى الواحد فانه يتناول الواحد حراً أو عبداً وقد ثبت فى امان المرأة أحاديث منها حديث أم هانئ فى الصحيحين رضى الله عنها قالت يا رسول الله زعم ابن أمى على أنه قاتل رجلاً قد أجرته فلان بن فلان قال عليه الصلاة والسلام قد أجرنا من أجرى وأماناً من أمنت ورواه الاثر رقى من طريق الواقدي عن ابن أبي ذئب عن المقبرى عن أبي مرة مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبي طالب رضى الله عنها قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله انى أحررت حوین لی من المشركين فأرادهذا أن يقتلها فقال عليه الصلاة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان لذى أجارته أم هانئ عبد الله بن أبي ربيعة بن المغيرة والحرب بن هشام ابن المغيرة كلاهما من بني مخزوم ومنهم مارواه أبو داود وحديث ثعالب بن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة رضى الله عنها قالت ان كانت المرأة لتجبر على المؤمن فيجوز ترجمه الترمذى باب امان المرأة حديثاً يحيى بن أكرم الى أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المرأة لتأخذ للقوم يعنى تجبر القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال فى العالة الكبرى سالت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو فى السند مع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من أبي هريرة ومنه حديث أجازة بن يرب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أباً العاص فقال عليه الصلاة والسلام ألا والله يجبر على المسلمين أدناهم رواه الطبرانى بطوله قال المصنف (ولانه من أهل القتال) أى الواحد ذكرنا كان أو أنثى فانهم من أهل بالتسبب بما هو عبيده فيخاف منه (فيحقق الامان منه الملاقاة محله) أى محل الامان وهو الكافر الخائف واذا صدر التصرف من أهله فى محله نفذ (ثم يتعدى الى غيره) أى غير المجبر

الاقل قال الله تعالى ولا أدنى من ذلك ولا أكثر ويقال أدنى الجلس ثلاثة ثم المراد من الاقل ههنا الواحد لانه لا أقل منه وسئل محمد رضى الله عنه عن ذلك فقال أدنى المسلمين العبد ولكننا نقول أدناهم أقاهم فيكون دليلاً على صحة امان الواحد قبل اراد الغاسق لانه لا يظن برسول الله عليه السلام أن ينسب العبد الورع الى الدناءة وقيل معناه أقربهم الى أهل الحرب وهو من يسكن الثغور مشتق من الدنو وهو القرب لامن الدناءة كذا فى المبسوط (قوله ولانه من أهل القتال) أى ولان كل واحد من الرجل والمرأة فانهم أيضاً من أهل القتال

لقوله ثم يتعدى الى غيره كان ولي يمكن ان يجعل الاول عالة والثانى ثرطاً وسما سبباً وزاواً يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجى فى

\*(فصل واذا آمن رجل حر) \* (قوله وهو الايمان أى التصديق) اقول قال لا تقتل وهو الايمان أى اعطاء الامان اه وانت خبير بان تفسير الشارح أولى منه يدل عليه قول عمر رضى الله عنه انه رجل من المسلمين على ما سيجى



قال (الآن يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم) كما إذا أمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو  
حاصر الامام حصناً وأمن واحد من الجيش وفيه مفسدة فينبذ الامام لما يشار يؤذبه الامام لاقتيانه على رأيه  
بمخلاف ما إذا كان فيه نظر لانه ربما نفوت المصلحة بالتأخير فكان معذوراً (ولا يجوز زأمان ذي) لانه منهم بهم  
وكذا الاول لا يتله على المـ لمين قال (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) لانهم مائة قه وران تحت أيديهم فلا يخافونهم  
والامان يختص بعمل الخوف ولا نهـ حاجب بمران

من المسلمين وأما قوله ولان سببه لا يتجزأ الخ فيصالح تعديل لا ولا للتعدى فان ما ذكره من المعنى لا يزيد على  
اعتبار الامان بالنسبة الى المؤمن فاما تعديه الى غيره فليس ضرور بافلا بدله من دلائل وما ذكر من عدم التجزى  
يصلح دليله فانه اذا لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لانه بعض أمان الكل واستدل على عدم تجزئه  
بان سببه وهو الامان لا يتجزأ فكذلك الامان وقسر بالتصديق الذي هو ضد الكفر وبعضهم باعطاء الامان  
لانه يقال آمنته فأن أي أعطيت الامان فأن ولا يصح أن يـ ل آمنته بمعنى صدقت بالدين فأن الكافر أي  
حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان السبب علة وهو مجاز فان حقيقة السبب المغضى فلا يلزم من وجوده  
الوجود ولا شك أن الامان بانه ورسوله سبب مقص الى أمان الحربى باعطاء المسلم اياه فالحق أن كلامهما  
يصح الايمان أي اعطاء الامان سبب الامان بمعنى علة لا يتجزأ اذا لم يتجزأ الامان أو الايمان بمعنى التصديق  
سبب حقيقى للامان لا يتجزأ اذا لم يتجزأ الامان وصار (كولاية الانسكاح) اذ ازوج أحد الاولياء المستويين  
نفذ على الكل واعلم أن كونهم لا يتجزأ انما اعلمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذ صدر من واحد فهو  
المرجع في ذلك (وقوله الا اذا كان في ذلك) أي أمان الواحد (مفسدة فينبذ اليهم) كما إذا أمن الامام بنفسه ثم  
رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه في الباب السابق وهو قولنا فعل تجر زاعن الغدرو عن ترك الجهاد صورية  
ومعنى وأما قوله (ولو حاصر الامام حصناً وأمن واحد من الناس الخ) فليس تكراراً مضطرباً ذكره ليعنى عليه  
قوله (ويؤذبه الامام لاقتيانه على رأيه بمخلاف ما إذا كان فيه نظر) لا يؤذبه لانه ربما فعل ذلك مخافة أن  
(تفوت المصلحة بالتأخير) الى أن يعلم الامام بهم أو يؤمن هو بنفسه والافتيات افعال من الغوث وهو السابق  
وانما يقال الافتعال للسبب الى الشيء دون التسامح من ينبغي أن يؤمر فيه بمخلاف غيره يقال فأتى ذلك  
الغارس أي سبقني فاصله افتوات قامت واره ياء لكسر ما قبلها والتعليل به مطابقة مقتضى ان يؤذبه مطلقاً  
لتحقق الافتيات فيما فيه المصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه (قوله ولا يجوز زأمان ذي  
لانه منهم بهم) على المسلمين موافقته لهم اعتقاداً وأيضاً لولاية الكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله  
للكافرين على المؤمنين سبيلاً والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى (ولا أسير ولا تاجر  
يدخل عليهم) في دار الحرب (لانهم مائة قه وران تحت أيديهم والامان يختص بعمل الخوف ولا نهـ حاجب بمران

بالنسب وهو اما بالمال أو بعدها وأما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل أي بنفسها وفي المبسوط وروى  
أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم رضى الله عنها أنتز وجهاً بالعاص بن الربيع فاجاز  
رسول الله عليه السلام أمانها (قوله الا فانه محله) أي الملافة الامان محله لان محل الامان هو محل الخوف وهو  
موجود فيه ما على ما ذكرنا ثم يتعدى الى غيره أي الامان يتعدى الى غيره أي غير الذي أمن من أهـ ل  
الاسلام كما في شهادة هلال رمضان فيلزم عليه الصوم أو لا ثم يتعدى منه الى غيره لانه لا تقبل شهادة الفرد فيه  
لانه غير منهم ولان سببه وهو الايمان أي التصديق بالقلب لا يتجزأ فكذلك الامان لا يتجزأ كولاية الانسكاح  
فانه اذا وجد الانسكاح من الاولياء المتساويين في الدرجة يلزم صحة لانسكاح في حق كل الاولياء لان سبب  
الولاية وهو القرابة غير متجزأ فلا تجزى الولاية تغاير الصغرة اذا كان لها الخوان يكون لكل واحد منهما  
ولاية انتر وـ فكذلك ههنا (قوله يؤذبه الامام) أي يؤذبه الذي أمن لاقتيانه على رأى الامام واستبداده  
برأيه اذ لم من الغوث وهو السابق

كلامه اشارة الى هذا وقوله  
(الآن يكون في ذلك مفسدة) استثناء من قوله  
مفسدة استثناء من قوله  
صح امانهم وقوله (وقد  
بيناه) يعنى في باب المواعدة  
بقوله وان صالحهم مدة الخ  
واليه ايضاً اشارة بقوله (لما  
بيناه) قبل قوله (ولو حاصر  
الامام حصناً وأمن واحد  
من الجيش) تكراراً محض  
لانه علم ذلك من قوله الآن  
يكون في ذلك مفسدة واقول  
يجوز أن يكون ذلك قبل  
أن يحاصر الامام وهذا بعد  
ويجوز أن يكون أعاده تعهداً  
وتوطئة لقوله ويؤذبه الامام  
لاقتيانه على رأيه أي سبقه  
على رأى الامام وحقيقة  
الافتيات الاستبداد بالرأى  
وهو افعال من الغوث وهو  
السبق قوله (ولا يجوز زأمان  
ذي لانه منهم بهم) أي  
بالكفر لا اتحاداً في الاعتقاد

(قوله وقوله الآن يكون  
في ذلك مفسدة استثناء من  
قوله صح امانهم) أقول بل  
استثناء من قوله ولم يكن  
لاحد من المسلمين قتالهم  
(قوله قبل قوله ولو حاصر  
الامام) أقول صاحب القبل  
هو الاتقانى (قوله وأقول  
يجوز أن يكون ذلك الى قوله  
ويجوز أن يكون الخ) أقول  
في كلا الوجهين بحث

وقوله (لا يصح أمانه لمباينا) يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف قال (ولا يجوز امان العبد الخ) اثنى العلماء على ان امان العبد المأذون به  
لما روى ان عبدا كتب على سوجه بالفارسية مترسبت وزمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من  
المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا في القتال ومأله العبد المحجور وعن القائل نلا يصح أمانه عند أبي حنيفة ويصح عند محمد والشافعي  
وذكر الكرخي قول أبي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه وذكره (٢١٣) الطحاوي مع أبي حنيفة وهو الظاهر عنه

واعتمد عليه صاحب الاسرار  
واستدل بالحديث ظاهر  
وقوله (ولانه مؤمن ممتنع)  
أي ذوقه وامتناع اشارة  
الى شرط جواز الامان وهو  
الايمن والى علته وهو  
الخوف لان الخوف انما  
يحصل من له قوة وامتناع

وقوله (وبالوئيد من الامان)  
يعني عقد الذمة فان الحرب  
اذا عقدت الذمة مع العبد  
وقبل الجزية وقبل العبد  
منه هذا العقد يصح هذا  
العقد والقبول من العبد  
ويبرئ ذميا بالاتفاق حتى  
تجبر عليه أحكام أهل  
الذمة من المنع عن الخروج  
الى دار الحرب وقصاص  
قاتله وغسب ذلك وقوله  
(فالايمن لسكونه شرطا  
للعقبة) يعني شرطا  
الايمن في قولنا ولانه  
مؤمن ممتنع فيصح أمانه لانه  
شرط للعبادة (والجهاد  
عبادة) وهذا هو الموعود  
بقولنا فيما تقدم وسعيه  
في كلامه اشارة الى هذا  
وقوله (والامتناع) يعني  
وشرطنا الامتناع ليحقق  
ازالة الخوف به وقوله  
(والناثير اعزاز الدين) يعني

عليه فيعري الامان عن المصلحة ولانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو ناجيا فيخلصون بامانه فلا ينفع  
باب الفتح ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها لا يصح أمانه لمباينا (ولا يجوز امان العبد المحجور وعند أبي  
حنيفة الآن ياذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح) وهو قول الشافعي وأبو يوسف في رواية ومع أبي  
حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلام أمان العبد أمان رواده أبو موسى الأشعري ولانه مؤمن ممتنع فيصح  
أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤيد من الامان فالايمن لسكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع  
لتحقق ازالة الخوف به والناثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة  
وانما لا يملك المسابقة

عليه فيعري الامان عن المصلحة ولانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو ناجيا فيخلصون بامانه فلا ينفع  
باب الفتح (قوله) ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها لا يصح أمانه لمباينا من أن الامان يختص بمحل  
الخوف ولا خوف منه حال كونه مقيما في دارهم لامنعه ولا قوة دفاع (قوله) ولا يصح أمان العبد المحجور عليه  
عند أبي حنيفة الآن ياذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي) وبه قال مالك وأحمد (وأبو  
يوسف في رواية) لا يطلق الحديث المذكور وهو قوله وسعي بذمتهم أذناهم (و) لما روى أبو موسى الأشعري  
من قوله عليه الصلاة والسلام أمان العبد أمان ولانه مؤمن ممتنع) أي له قوة ممتنع بها ويضر غيره (فيصح أمانه  
اعتبارا بالمأذون له في القتال والمؤيد من الامان) وهو عقد الذمة فان العبد المحجور اذا عقد الذمة لاهل مدينة  
صح ولزم وصاروا أهل ذمة فهذا هو الموقت من الذمة أولى بالمصلحة وهذا لان ذمهم الموقت في صحة الامان أما  
الايمن فلانه شرط لعبادات والجهاد من أعظمتها وأما اعتبار الامتناع فلتحقق ازالة الخوف وبذلك يتحقق  
المؤثر الجامع بين الاصل والفرع وهو (اعزاز الدين واقامة المصلحة) المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة) لا فيما  
لامصلحة فيه وانما لا يملك المسابقة أي الجهاد بالسيف ليعرض منافع المملوكة للمولى على القوات بان يقتل

(قوله لمباينا) أي من أن الامان يختص بمحل الخوف وهم لا يتخافون المسلم في دار الحرب ولم يهاجر (قوله)  
ولا يجوز امان العبد عند أبي حنيفة رحمه الله الآن ياذن له مولاه في القتال) أمان العبد المأذون له في  
القتال صحح بالاتفاق لما روى أن عبدا كتب على سوجه بالفارسية مترسبت وزمى به الى قوم محصورين  
فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا  
لان الرمي فعل المقاتل (قوله) وبالمؤيد من الامان وهو عقد الذمة يعني اذا عقد حربي عقد الذمة مع العبد  
وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويبرئ ذميا بالاتفاق حتى تجبر  
عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله واعتبار وقت الذمة في أخذ الجزية  
من وقت العقد مع العبد (قوله) فالايمن لسكونه شرطا للعبادة) يشترط الى قوله ولانه مؤمن ممتنع فيصح جعل  
كونه مؤثما ممتنعا له الصحة أمانه يعني انما شرط الايمان لان الجهاد عبادة والكافر ليس باهل لها وشرطنا  
الامتناع أي كونه ذا امتناع وقوة ليكون امانا من محله وهو الذي يخاف منه بخلاف امان الاسير والناجر  
الذي في أيديهم حيث لم يصح لانهم لا يتخافونه (قوله) والناثير اعزاز الدين أي الفائدة في هذا الامان اعزاز

العلم الحامية في قياس العبد المحجور على المأذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة الخ وتحقق هذا أن الوصف المؤثر في أمان العبد المأذون له الامتناع  
وشرطه الايمان وهذا الوصف مالم يظهور أثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين هذا الحكم وهو امان في الحرب فاذا وجد  
في المحجور عليه صح تعدية له كافي سائر الاقضية وقوله (وانما لا يملك المسابقة) جواب عما يقال الاصل في الجهاد هو المسابقة وهو لا يملك فلا يملك

(قال المصنف فالايمن لسكونه شرطا الخ) أقول سيجي أن الامان نوع قتال (قوله) وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم الخ) أقول يعني تقدم  
تقدم بناية شر بن سطر او هو قوله والشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجي في كلامه اشارة الى هذا

الامان أيضا وتقتضيه ان لا يملك المسابقة (لما فيه من تعديلات منافع المولى) وهو لا يملك ذلك (ولا تعطيل) لمنافعه في رد القول وقوله (ولا ي  
حنيفة أنه مجبور عن القتال) يصح أن يكون مما نعت وتقريره لا لم وجود الامتناع لأن الامتناع انما يكون لتحقيق ازالة الخوف وهم لا يخافونه  
وأن يكون معروض وهو الظاهر من (٢١٤) كلام المصنف وتقريره أنه مجبور عن القتال وكل مجبور عن القتال لا يصح أماله لانهم

لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولا يحنيفة أنه مجبور عن القتال فلا يصح أماله لانهم  
لا يخافونه فلا يلاق الامان محله بخلاف المأذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسابقة لما  
أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعري عن احتمال الضرر في حق الامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه  
قد يتحقق بل هو الظاهر وفيه سبب الاستغناء بخلاف المأذون لانه رضى به والخطا نادرا لمباشرة القتال  
وبخلاف المؤبد لانه خائف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مستلهم  
ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا

وهذا المسامحة انما يؤثر في الجهاد بذلك الوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المجبور عليه  
في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه (ولا يحنيفة) ومالك في رواية سكنون عنه (أنه مجبور عن  
القتال فلا يصح أماله) لانه انما الخوف منه (فلم يلاق الامان محله) وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر فيه  
الا عرا لانه ممن لا يخاف منه ولا مصلحة لان الظاهر أنه يتخطى لان معرفة المصلحة في الامان انما تقوم عن  
ببشر القتال وهو المأذون لانه أدري بالامر من غير الممارس له وفي خطئه سبب الاستغناء على مولا وعلى  
المسلمين فلم يعري عن احتمال الضرر احتمالا راجحا (بخلاف) العبد (المأذون وبخلاف) الامان (المؤبد)  
باعطاء الجزية (لانه خائف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام) ولكل مسلم عبد أو حر ذلك (ولانه  
مقابل بالجزية) فالمصلحة للسيد ولعمامة المسلمين محقة فيه (ولانه مفروض عند مستلهم) لان الله تعالى  
غياقتهم به بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية في عقد الذمة لهم (اسقاط الفرض) عن الامام وعمامة المسلمين  
وهو كذلك (نفع) محقق (فافترقا) واعلم أن وجه العمامة تضمن قياسين قياس امان المجبور على  
أمان المأذون في القتال وقياس امان المجبور على عقد الذمة من المجبور ولا شك أن فرق أبي حنيفة في الثاني  
متعب ومادفعه القياس الاول فلانه ان فرق بانه لا يخاف منه ولا يخاف منه فالظاهر أن ذلك بالنسبة الى  
أهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون المأذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من وأوه مع المسلمين  
سوى البنية فهو مخوف لهم وأما بان للظاهر خطوه في المصلحة فلا تأثيره لان الامان غير لازم اذا لم يكن فيه  
مصلحة بل اذا كان كذلك نبذ اليهم الامام به نعم الاستدلال بالحديث المروي عن أبي موسى غير تام لانه حديث  
لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال  
شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهر تاخاضرها شاهر احنى اذا كنت يوم وطعنا أن نذهبهم  
انصرفنا عنهم عندا قبل ففخاف عبد منافا ستمناه فكتب اليهم أمانا ثم رى به اليهم فلما خرجنا اليهم خرجوا  
اليثافي ثيابهم ووضعوا أسلحتهم فقلنا لهم ما شانكم فقالوا آمنتمونا وأخرجوا اينا السهم فيسه كلب بامانهم  
فقلنا هذا عبد العبد لا يقدر على شيء قالوا الاندري عبدكم من حر كركم قد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر رضى الله

الدين واقامة المصلحة لجماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة أي انما يصح امان العبد المجبور على اعتبار  
أن يكون فيه نفع للمسلمين (قوله والامان نوع قتال) لان المقصود بالقتال دفع شرهم عن المسلمين وبالايمان  
يحصل ذلك فيكون نوع قتال (قوله وفيه ما ذكرناه) أي في امان العبد المجبور ما ذكرناه في قتاله من أنه تصرف  
في حق المولى على وجه لا يعري عن احتمال الضرر في حق الامان (قوله فهو بمنزلة الدعوة اليه) أي الامان المؤبد  
بمنزلة الدعوة الى الاسلام وللعبد ولاية عرض الاسلام على غيره (قوله واسقاط الفرض نفع محض) فيصح

لا يخافونه وفيه نظر فان  
الخوف أمر باطن لا دليل  
على وجوده ولا عدمه  
فانما عار من أين يعلمون أنه  
عبد مجبور عليه حتى لا يخافونه  
والجواب أن ذلك يعلم  
بترك المسابقة فانهم لما  
رأوا شأنا مقتدرا على القتال  
مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا  
ولا يقاتلهم علواً أنه ممنوع  
عن ذلك من المنع ولو قال  
المصنف انه مجبور عن  
القتال والامان نوع قتال  
لكان أسهل اثباتا المذهب  
أبي حنيفة رضى الله عنه  
فتأمل وقوله (وفيه ما ذكرناه)  
يريد أنه تصرف في حق  
المولى على وجه لا يعري عن  
احتمال الضرر وقوله (وفيه سد  
باب الاستغناء) أي على  
المسلمين وذلك ضرر في حقهم  
فاذا كان نوعا عن الضرر  
للمسولي فكيف يصح منه  
ما يبصر اولى والمسلمين وقوله  
(وبخلاف المؤبد) جواب  
عن قياس محصورة  
التزاع على عقد الذمة (لانه)  
أي الامان المؤبد (خلف عن  
الاسلام) من حيث انه ينتهي  
به القتال المطلوب به اسلام  
الطري (فهو بمنزلة الدعوة  
اليه) أي الى الاسلام وهي  
نفع (ولانه مقابل بالجزية)

وهي نفع (ولانه مفروض عند مستلهم ذلك) يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه (واسقاط الفرض ولو  
نفع فافترقا) وقوله (فهو على الخلاف) يعني على قول أبي حنيفة رضى الله عنه لا يصح أماله وعند محمد يصح وقوله (والاصح أنه يصح بالاتفاق)

(قوله ولو قال المصنف انه مجبور عن القتال الخ) أقول ان أراد انه مجبور عن القتال الحقيقي والحكمي فهو ممنوع بل هو أول المسئلة وان  
أراد أنه مجبور عن الحقيقي فسلم وليس الامان منه ولعله انما أمر بالتأمل لذلك

ولو آمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو مجبور عن القتال فعلى الخلاف وان كان  
ماذونه في القتال فالاصح أنه يصح بالاتفاق \* (باب الغنائم وقسمتها) \*  
(واذا فتح الامام امة عنوة) أي قهرا

عنه فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم ورواه ابن أبي شيبة وزادوا جاعرا امانه فالجواب انما  
واقعة حال بخلاف كونه ماذونه في القتال وايضا جاز كونه مجبورا والامان كان عقداً وانه يصح منه والله  
أعلم الا ان اطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي اناطته مطلقا  
بذلك والحديث جيد وفضل بن يزيد القاسمي وثقه ابن معين (قوله وان آمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح)  
باجماع الائمة الاربعة كالمجنون وان كان يعقل وهو مجبور عن القتال فعلى الخلاف بين أصحابنا لا يصح  
عند أبي حنيفة ويصح عند محمد بن قول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجهه لان قوله غير معتبر كطالفة  
وعتاقه بقول محمد قال مالك وأحمد (وان كان ماذونه في القتال فالاصح أنه يصح بالاتفاق) بين أصحابنا  
وبه قال مالك وأحمد لانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيما يملكه الصبي الماذون والمراد بكونه يعقل أن يعقل  
الاسلام ويصغه وأضاف أبو يوسف الى أبي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة وانما قال المصنف والاصح والله  
أعلم لانه أطلق المنع في الصبي المراهق عن أبي حنيفة كما نقله الناطقي في الاجناس ناقلا عن السير الكبير فقال  
قال محمد الغلام الذي راهق الحليم هو يعقل الاسلام ويصغه جازله امانه ثم قال وهذا قوله فاما عند أبي حنيفة  
وأبي يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق في كفاية البيهقي فقال لا يجوز امان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند أبي  
حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصغاه وكذا المختلط العقل لانه من أهل القتال كالبالغ الا انه  
يعتبر ان يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجراء للخلاف في الصبي مطلقا قال المصنف والاصح التفصيل بين  
كون العاقل مجبوراً عن القتال وماذونه فيه في الثاني لا خلاف في صحة الامان هذا ومن أفاض الامان  
قولك للحر لا تخف ولا توجل أو مترسبت أولكم عهداته أذمة الله أو تعال فاسمع الكلام ذكره في السير  
الكبير وقال الناطقي في السير املا مسالت بأحنية عن الرجل يشير بأصبعه الى السماء لرجل من العدو  
فقال ليس هذا بامان وأبو يوسف استحسن أن يكون امانا وهو قول محمد والله أعلم  
(باب الغنائم وقسمتها) \*

ما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهي به من المواقعة ذكر ما ينتهي اليه غالباً وهو القهر والاستيلاء على  
الغنائم وتربيعها وانما كان ذلك غالباً لاستقراء تأييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الاكثرت  
(قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة) يجوز في الواو ما قدمناه في قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة

منه كقبول الهبة والصدقة والامان يتردد بين النفع والضرر ولهذا افتقرض الاجابة اليه والتصرف الذي فيه  
نوعه الضرر في حق المولى فقط كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه فافيه الضرر به وبالمسلمين بطلان  
حقهم في الاستغنام أولى أن لا يملكه بنفسه والله أعلم بالصواب  
(باب الغنائم وقسمتها) \*

الغنينة عن أبي عبيدة مائيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها أن تخمس وسائر ما بعد الخس  
للغنائم خاصة والقي مائيل منهم بعد ما نفع الحرب وأزارها وتصير الدار دار الاسلام وحكمه أن يكون لكافة  
المسلمين ولا تخمس والنفل ما ينقله الغازي أي يعطاه اذا على سهمه وهو أن يقول الامام أو الامير من قتل  
قتيلا فله سلبه أو قال للسرية ما أصبتم فهو لكم أو ربعه أو نصفه ولا تخمس وعلى الامام الوفاءه وعن علي بن  
عيسى الغنينة أعم من النفل والقي ما أعم من الغنينة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من أموال أهل الشرك  
قال أبو بكر الرازي رحمه الله فالغنينة في مال الجزية في مال أهل الصلح في مال الجراح في مال ذلك كله مما آفاه  
الله على المسلمين من المشركين وعند الفقهاء كل ما يجلب أخذه من أموالهم فهو فيء (قوله عنوة أي قهرا)

أي باتفاق أصحابنا ليس على  
الخلاف لانه تصرف دائر  
بين النفع والضرر كليهما  
فيملكه الصبي بعد الاذن  
(باب الغنائم وقسمتها) \*  
أخبار الغنائم وحكمها  
عن فضل الامان لان الامام  
بعد الحاصرة اماناً يؤمنهم  
أوقية لهم ويستغنم أموالهم  
فلما فرغ من ذكر الامان  
ذكر الغنائم وقسمتها  
والغنينة مائيل من أهل  
الشرك عنوة والحرب قائمة  
وحكمها أن تخمس والباقي  
بعد الخس للغنائم خاصة  
(واذا فتح الامام بلدة عنوة  
أي قهرا) قال في التسمية  
قوله قهر ليس بتفسيره لغة  
لان عناءه عنوة معني ذل  
وخضع وهو لازم وقهر متعد  
بل يكون هو تفسيره من  
طريق شعور الذهن لان  
من المذلة يلزم القهر أو أن  
الفتح بالذلة يستلزم القهر

(باب الغنائم وقسمتها) \*  
(قوله وهو لازم وقهر متعد)  
أقول دليل ان على أنه  
ليس تفسيراً

(فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

بالقهر وهو ضد هذا لانهم امن عنا بعنوة وعنوا اذا ذل ونضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم وانما المعنى  
 فتح بلدة حال كون أهلها ذوى عنوة أى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال  
 وهو غير معاردا فى ألفاظ عند بعضهم واطلاق اللزوم واردة الملزوم فى غير التعاريف بل ذلك فى الاختبارات  
 على أن يراد معنى المذكور لا المجازى لكن لينة نقل منه الى آخره والمقصود بتلك الإرادة ككثير الرادولو أراد  
 به نفس الجود كن مجاز من المسبب فى السبب والوجه أنه مجازا شتهر فان عنوة اشتهرت فى نفس القهر عند  
 الفقهاء بخاراستعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح الامام لدة عنوة (فهو بالخيار ان شاء قسمه) أى البلد (بين  
 الغنائم) مع رؤس أهلها استرقا قافوا وأموالهم بعد اخراج الخمس لجهاته وان شاء قتل مقاتلهم وقسم ماسواهم  
 من الاراضى والاموال والذرارى ويضع على الاراضى المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان  
 شاء من عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم فوضع الجزية على الرؤس والخراج على أرضهم من غير نظر الى الماء  
 الذى يسقى به أهوماء العشر كماء السماء والعبون والادوية والآبار وأماء الخراج كالأمان التى شقتها الاعاجم  
 لانه ابتداء التوظيف على الكافر وأما المالك عليهم برقابهم وأرضهم فقط فذكره الآن يدفع اليهم من المال  
 ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الاراضى الى أن تخرج الغلال والأهوه وتكليف بما  
 لا يطاق وأما المالك عليهم برقابهم مع المال دون الارض أو برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم  
 جربا علينا الى دار الحرب نعم له ان ييتهم أحرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بل مال يدفعه اليهم فيكونوا فاعرا  
 يكتسبون بالنسب والاعمال وله أن يقتلهم وله أن يسترقهم كما سيذكر هذا وقد قبل الاول وهو وقسمه  
 الاراضى وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجته والثانى عند عدمها ثم استدل على جواز قسمه الارض بقسمته عليه  
 الصلاة والسلام بخيبر بما فى البخارى عن زيد بن أسلم عن أبيه قال قال عمر رضى الله عنه لولا آخر المسلمين  
 ما فتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين أهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك فى الموطأ  
 أخبرنا زيد بن أسلم عن أبيه قال سمعت عمر يقول لولا أن يترك آخر الناس لآتى لهم ما فتح المسلمون قرية الا  
 قسمتها سهما كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهما فظاهر هذا أنه قسمها كلها والذى فى أبى  
 داود بسند جيد أنه قسم خيبر نصفين نصف للنوابه ونصف للمسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما  
 وأخرجه أيضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب رسول الله  
 صلى الله عليه وسلم أنه قسمها على ستة وثلاثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعنى أعطى لكل مائة رجل سهما  
 وقد جاء مبينا كذلك فى رواية الباقى فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللهمس النصف من ذلك وعزل  
 النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والامور ونواب المسلمين وحاصل هذا أنه نصف النصف انواب  
 المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكره من طريق آخر وبين أن ذلك النصف كان الوطع والكتيبة  
 والسلام ونوابها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ولم يكن لهم عمل يكفونهم  
 عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم زاد أبو عبيد فى كتاب الاموال فعاملهم بنصف ما يخرج  
 منها فلم يزل ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر حتى كان عرف كثير العمال فى المسلمين وقروا على  
 العمل فأجلى عمر رضى الله عنه اليهود الى أرض الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف  
 أصحاب المغازى فى أن خيبر فتحت كلها عنوة أو بعضها صلحا وصح أبو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى  
 ابن عقبة عن الزهرى الثانى وغلطه ابن عبد البر قال وانما دخل ذلك من جهة الحصنين الذين أسلمهما أهلها  
 فى حقن دماهم وهما الوطع والسلام لما روى أنه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيها حتى أيقنوا بالهلكة

فهو بالخيار ان شاء قسمه  
 أى قسم البلدة بتأويل  
 البلد بين المسلمين كما فعل  
 رسول الله صلى الله عليه وسلم  
 بخيبر

الغنوة الدلة والخضوع وقوله قهر اليس بتفسيره لان عنى لازم وقهر متعد بل بطريق المجاز لان من الدلة يلزم  
 القهر (قوله كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر) هذا الفعل منه ليس بمتحم والامساخا عنه رضى الله عنه

وان شاء أقر أهل عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضهم الخراج كذا فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة (فان قيل قد خالفه في ذلك جماعة) أجاب بقوله (ولم يحمد من خالفه) يريد به نفي إسمائهم بل لا حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفني بلا ولا وأصحابه في الحال الحول وفيهم عين تطرف أي ما تواجبوا (وفي كل من ذلك قدوة في خير وقيل الأولى هو الأول عند الحاجة على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ لم يصل إلى حد الاجماع (٢١٧) والجواب عنه من وجهين أحدهما أن فعل

النبي صلى الله عليه وسلم إذا لم يعلم أنه عليه الصلاة والسلام على أي جهة فعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الإباحة وحيث لا يستوجب العمل بالحاجة فإذا ظهر دليل الصحابي جاز أن يعمل بخلافه والثاني أنه على تقدير أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وجوبا فان عمر رضي الله عنه فعل ما فعل مستبطن من قوله تعالى والذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى فبنيته والرسول ولزوى القرى فيكون ثابتا بإشارة النص وهي تعبد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الإمام كالواجب المخير كفي خصال الكفار ففعل النبي صلى الله عليه وسلم أحدهما وعمر الآخر (وقيل في التوفيق بينهما ان الأولى هو الأول عند حاجة الغائبين) كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه كان عند حاجة المسلمين (والثاني عند عدم الحاجة) كما فعل عمر رضي الله عنه (ليكون عدة في الزمان الثاني

وان شاء أقر أهل عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضهم الخراج) كذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة في خير وقيل الأولى هو الأول عند الحاجة الغائبين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني

سألوه أن يسبرهم وأن يحقن لهم دماءهم ففعل لما رز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجيع الحصون الا ما كان من دينك الحصين الى أن قال فلما لم يكن أهل دينك الحصين مغنومين ظن أن ذلك صلح وعمرى انه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا أرضهم الا بالحصار والقتال فكان حكمها كحكم سائر أرض خيبر كلها عنوة غنمية مقسومة بين أهلها الى أن قال ولو كانت صلحا لملكها أهلها كما ملك أهل الصلح أرضهم وسائر أموالهم فالخروج في ذلك ما قاله ابن اسحق عن الزهري أي انما افتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه اه (قوله وان شاء أقر أهل عليه الى قوله هكذا فعل عمر بسواد العراق) لاشك في اقرار عمر رضي الله عنه أهل السواد ووضع الخراج على أراضهم على كل حرب عامر أو غامر عليه صاحبه أو لم يعمل له درهم وقفيزا وفرض على كل حرب الكرم عشرة زرع على الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية وأربعين وعلى من دونه أربعة وعشرين وعلى من لم يجدي شيئا اثني عشر درهما فعمل في أول سنة على عمر ثمانون ألف ألف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرون ألف ألف درهم الا أن في المشهور عن أصحاب الشافعي أنهم افتحت عنوة وقسمت بين الغائبين فبعثت لاهل الجس والمنقولات للغائبين والصحیح المشهور عندهم أنه لم يخصها باهل الجس لكنه استطاب قلوب الغائبين واستتردها وردها على أهلها بخراج يؤدونه في كل سنة وقال ابن شريح باعها من أهلها بثمن منجم والمشهور في كتب المغازي أن السواد فسخ عنوة وأن عمر رضي الله عنه وظف ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغائبين بحجة قوله تعالى ما آفأ الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم أي الغنمية لله ورسوله والذين جاؤا من بعدهم وانما تكون لهم بالمر بوضع الخراج والجزية وتلا عمر هذه الآية ولم يخالفه أحد الا نفي سبر كبلان وسملان ونقل عن أبي هريرة قد عارض رضي الله عنه على المنبر وقال اللهم اكفني بلا ولا وأصحابه قال في المبسوط فلم يحسدوا وندموا ورجعوا الى رأيهم وبذل على أن قسمة لأراضي ايس حثما أن مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم أرضها ولهذا ذهب مالك الى أن بمجرد الغنم تصير الأرض وقفا للمسلمين وهو أدري بالانخبار والآثار ودعواهم أن مكة فتحت صلحا لدليل عليها بل على نقيضها ألا ترى أنه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابا عليه فهو آمن ولو كان صلحا لامنوا كلهم به بلا حاجة

(قوله بموافقة من الصحابة) وهو ما روي أنه لما استولى على العراقين والسوادشا والصحابة رضي الله عنهم في أراضهم انقال بعضهم هي غنمية فاقسمها بين الغائبين وقال بعضهم بخلاف ذلك فتوقف عمر رضي الله عنه في ذلك فرجع الى القرآن فابايعهم من الغد قال وجدت في كتاب الله تعالى ما أستغني به عن رأيكم فانه قال والذين جاؤا من بعدهم الآية فلو قسمتها بينهم فكيف يكون ان يجي بعدكم فاقسموا على ذلك الا عديس منهم بل لا رضي الله عنه (قوله ولم يحمد من خالفه) كبلان وأصحابه رضي الله عنهم فروى أنه قال على المنبر اللهم اكفني بلا ولا وأصحابه في الحال الحول حتى ما توافان قيل كيف ينقد الاجماع مع خلافهم قلنا لا يعتبر خلافهم مع اجماع

(قوله ففعل النبي عليه

(٢٨) - (فتح القدير والكفاية) - (خامس) الصلاة والسلام أحدهما وعمر رضي الله تعالى عنه الآخر) أقول

فيه فإلّا نرى الآيات أن أفاضت القطع بطريق الاشارة بطل العمل بالحديث لانه على الايدي والسؤال وأيضا لو اوجب عند التعارض الترجيح أو العدول الى دليل آخر لا التحجير والالتصاف في كل موضع حصل فيه التعارض وليس تكسار الكفاية فلا تعارض هناك بل الدليل دل على التحجير ولم يدل دلالة على شيئين متناقضين كما هنا

وهذا) أي اقرار أهل بلدهم بالدين عليهم (في العقار أمافي المنقول المجرد فلا يجوز أن يمن بالدين عليهم) بان يدفع اليهم بمجانا ويمنع به عليهم وانما قيد المنقول بالمجرد لانه يجوز أن يمن عليهم بالمنقول بطريق التبعية للعقار وذلك في قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما ينبت اليهم العمل وقوله (لانه لم يرد به) أي بان (الشرع فيه) أي في المنقول المجرد (وفي العقار خلاف الشافعي) فانه لا يجوز المن فيه قال (لان في المن ابطال حق الغائبين) عند كل ان حقه قد ثبت وتنا كد بالاحراز فقد صار محرزاً بفتح البلدة واجراء أحكام الاسلام فيها وليس لازماً ذلك (أو ملكهم) يعني عندى فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز (فلا يجوز) يعني ابطال كل واحد من الحق والملك (من غير بدل يعادله) فان قيل انخراج يعد (٢١٨) له أجاب بقوله (وانخراج غير معادل لقائه) فان قيل فالأحق والملك ثبت في رقابهم أيضاً

وهذا في العقار أمافي المنقول المجرد فلا يجوز أن يمن بالدين عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن ابطال حق الغائبين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله وانخراج غير معادل لقائه بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل والحجة عليهم ما رويناه ولان فيه نظر لانهم كالأكره العاملة للمسلمين العاملة بوجوه الزراعة والموت من مرتعة مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد وانخراج وان قل حاله قد جمل ما لا لزومه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما ينبت اليهم العمل يخرج عن حد الكراهة قال (وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الى ذلك والى ما ثبت من اجارة أمهاني من اجارته ومدافعتها علياً عن قتله وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل ابن خطيل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة وأظهر من الكل قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لاسفك دمه ادم الى ان قال فان أحد ترخص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له ان الله أذن لرسوله ولم يأذن لکم فقولوا بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك (قوله وفي العقار خلاف الشافعي) فعنده يقسم الكل (لان في المن) بالارض (ابطال حق الغائبين) على قولكم (أو ملكهم) على قولى (فلا يجوز) للامام ذلك (بلابدل يعادله وانخراج لا يعادل لقائه) بالنسبة الى رقبته الارض (بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل والحجة عليهم ما رويناه) من فعل عمر رضى الله عنه مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعاً فان قيل لا ينعقد الاجماع بخلافه بلال ومن معه أجيب بانه لم يسوغ اجتهداهم بدليل أن عمر دعاهم ولوسوغوا لهم ذلك لاسداعا على الخلف (ولان فيه نظراً) للمسلمين (لانهم) يصرون (كالأكره العاملة للمسلمين العاملة بوجوه الزراعة مع ارتفاع الموت) عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى (مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) فيحصل عموم النفع للمسلمين (وانخراج وان قل حاله قد جمل ما لا) فر بما يحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض (قوله وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) يعني اذالم يسلموا (لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل) من الاسارى اذ لا شك في قتله أهل الفقه لانهم أصحاب الظواهر (قوله وفي كل من ذلك قدوة) أي في كل من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل عمر رضى الله تعالى عنه (قوله أمافي المنقول المجرد) قيد بالمجرد لانه يجوز أن يمن عليهم في المنقول بطريق التبعية للعقار (قوله لان في المن ابطال حق الغائبين) أي على مذهبنالا لانقول بشيوت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بل نقول بشيوت الحق للغائبين (قوله أو ملكهم) أي على مذهب الشافعي رحمه الله فانه يقول يثبت الملك لهم بنفس الاصابة (قوله بخلاف الرقاب) فالحق لم يتأكد في رقابهم ألا ترى أن له أن يقتلهم فكذلك يكون له أن يمن على رقابهم بجزية يأخذها (قوله والحجة عليهم ما رويناه) أي من فعل عمر رضى الله عنه (قوله يخرج عن حد الكراهة) ذكر الامام الترمذي رحمه الله تعالى عليه فان من عليهم

وجازله أن لا يقسمها أجاب بقوله (بخلاف الرقاب) يعني أن حقهم لم يتعلق بها (لان للامام أن يبطل حقهم رأساً بالقتل) فكذلك أن يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا لان مخالفت في الاصل أحراراً والملك ثبت بعرض فالامام اذا استترقهم فقد بدل حكم الاصل فاذا جعلهم أحراراً فقد بقى حكم الاصل فكان جائزاً (والحجة عليهم ما رويناه) يعني من فعل عمر رضى الله عنه وقوله (ولان فيه نظراً) يعني أن نفر من الامم وقع على وجه النظر في اقرار أهلها عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقدوا عن الجهاد فكان يكره عليهم العدو وربما لا يمتدون لذلك العمل أيضاً فاذا تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا كالأكره أي المزارعين (العاملة للمسلمين العاملة بوجوه الزراعة والموت من مرتعة مع أنه يحظى به الذين يأتون

من بعد) كان فيه نظراً لما لا يكون جائزاً قوله (وانخراج وان قل) جواب عن قوله وانخراج غير معادل لقائه وتقرر به الفساد انخراج وان قل (حالا) اسكونه بعض ما يمكن أن يخرج في سنة (فقد جمل ما لا لزومه) بوجوبه في كل سنة قوله (وان من عليهم) ظاهر وقوله (يخرج عن حد الكراهة) معناه ما قال الامام الترمذي فان من عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر الآن بدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي قال (وهو في الاسارى بالخيار) الامام فيحصل تحت يده من الاسارى بخير بين الامور الثلاثة (ان شاء قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم قد قتل) عقبة بن أبي معيط والنضر بن أبي سهيل بعد ما لحق في يده و قتل بني قريظة بعد ثبوت البديع عليهم فان أسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة



وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل (وان شاء استترهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام) فان أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان الرق جزء الكفر الاصلي على ما عرفت بخلاف ما اذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق أيضا لانه قد صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب المالك وهو الاستيلاء والاخذ (وان شاء تركهم أحرار اذمة للمسلمين لما بينا) من عمل عمر رضي الله عنه فان قيل فاقبلوا المشركين ينافي ترك قتلهم فلا يجوز أوجب بانه ترك العمل به في حق (٢١٩) أهل الذمة والمستامن فكذا في المتنازع فيه بفعل عمر رضي الله عنه

وقوله (الامشركي العرب) استثناء من قوله وان شاء تركهم احرار ولقائل أن يقول هذه الادلة تدل على خلاف المدعى لان

المدعى هو أن يكون الامام

مخيرا بين الامور الثلاثة

والادلة تدل على وجوب

كل واحد منها ولانه قال لان

فيه حسم مادا القتال وذلك

واجب لا محالة ثم قال لان فيه

دفع شرهم مع وفور المنفعة

لاهل الاسلام وهو كالأول

وأقوى ثم استدلل بما فعل

عمر رضي الله عنه بقوله لما

بيننا وهو انما يصح على

تقدير ان يكون ما فعله واجبا

والأزم للخبرين الواجب

وغيره وهو لا يجوز والجواب

أن كل واحد من الامور

واجب والامام مخير بينها كما

في الواجب المخير وقوله (ولا

يجوز أن يردهم) ظاهر وقوله

(ولا يغادى بالاسارى)

المغادرة بين اثنين يقال فاداه

إذا أطلقه وأخذ فديته ومنه

قوله ولا يغادى بالاسارى

أي لا يعطى أسارى الكفار

ويؤخذ منهم أسارى المسلمين

أو المال عند أبي حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد يغادى

بهم أسارى المسلمين ولا تجوز

الغديته بالمال وجعل في السير الكبير قولهما أظهر الروايتين عن أبي حنيفة وجه ذلك ما ذكره أن فيه تخلص

الفساد (وان شاء استترهم) لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام (وان شاء تركهم أحرار اذمة للمسلمين) لما بيناه (الامشركي العرب والمرتين) على ما بين ان شاء الله تعالى (ولا يجوز أن يردهم الى دار الحرب) لان فيه تقويتهم على المسلمين فان أساءوا لا يفتلهم لان دفاع الشر بدونه (وله أن يستترهم) توفيراً للمنفعة بعد انعقاد سبب المالك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينفذ السبب بعد (ولا يغادى بالاسارى) عند أبي حنيفة (وقال يغادى بهم أسارى المسلمين) وهو قول الشافعي لان فيه تخلص المسلم وهو أولى من قتل

عقبة بن أبي معيط من أسارى بدر والنضر بن الحرث الذي قالت فيه أخته قتيلة الايات التي منها

يارا كبا ان الايسل مظنة \* من صم خمسة وانت موفق

أبلغ بها ميتا فان تحيية \* ما نزل بها الركايب تحق

منى اليك وعبرته مسفوحة \* جادت بواكفها وأخرى تخنق

ما كان شرك لو مننت وورما \* من انقضى وهو المعيط المحقق

الايات وطبيعة بن عدى وهو أخو المطعم بن عدى وأما ما قال هشيم أنه قتل المطعم بن عدى فغاط بلا شك

وكيف وهو عليه الصلاة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدى حيا لشفعتني في هؤلاء الثنتين (ولان في قتلهم

حسم مادا الفساد) السكاين منهم بالسكاية (وان شاء استترهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لا هزل

الاسلام) ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيرا بنفسه لان رأى فيه الى الامام فقد يرى مصلحة

المسلمين في استرقاقه فليس له أن يقتل عليه وعلى هذا فلو قتل بالملحى بان خاف القاتل شر الاستير كان له أن

يعزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيئا (وان شاء تركهم أحرار اذمة للمسلمين لما بينا)

من أن عمر فعل ذلك في أهل السواد وقوله (الامشركي العرب والمرتين) يعني اذا أسروا فان الكلام في

الاسارى ويتحقق الاسرى في المرتد اذا غلبوا وصاروا حرا (على ما بين ان شاء الله تعالى) في باب الجزية

يقمن أنه لا تقتل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل اما الاسلام أو السيف (فان أسلم الاسارى) بعد الاسر (لا يقتلهم)

لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزء

على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب المالك وهو الاستيلاء على الحربى غير المشرك من العرب (بخلاف

ما لو أسلموا قبل الاخذ) لا يسترقون ويكونون أحرارا لانه اسلام قبل انعقاد سبب المالك فيهم (قوله ولا يغادى

بالاسارى عند أبي حنيفة) هذه احدى الروايتين عنه وعليها مشى القدوري وصاحب الهداية وعن أبي

برقاهم وأراضهم وقسم النساء والذرية توساير الاموال لجاز ولكن يكره لانهم لا يتفقون بالاراضى بدون

المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به ترجية العمر الا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضى (قوله وان شاء

تركهم احرار اذمة للمسلمين لما بينا) اشارة الى قوله كذلك فعله عمر رضي الله عنه بسواد العراق فان قيل ينبغى

أن لا يثبت خيار ترك القتل لقوله تعالى واتلوهم حيث وجدتموهم قلنا خص من هذه الآية أهل الذمة

والمستامنون والنساء وغير ذلك فيخص المتنازع فيه عن ما فعل عمر رضي الله عنه (قوله ولا يغادى بالاسارى)

المغادرة بين الاثنين فاداه اذا أطلقه وأخذ فديته ومنه قوله ولا يغادى بالاسارى عند أبي حنيفة

وقال أبو يوسف ومحمد يغادى بهم أسارى المسلمين ولا تجوز

الغديته بالمال وجعل في السير الكبير قولهما أظهر الروايتين عن أبي حنيفة وجه ذلك ما ذكره أن فيه تخلص

(قوله وقوله الامشركي العرب استثناء من قوله الخ) أقول فيه تامل والظاهر أنه استثناء من قوله وهو في الاسارى بالخيار (قوله والامام مخير بينها

كما في الواجب المخير) أقول اذا تعدد الدليل وكل دليل يدل على خلاف ما يدل الآخر وجوبا يكون ذلك من المعارضة لمن الواجب المخير فان

الدليل في الواجب المخير واحد دل على شيء واحد وهو التخيير وهذا ليس كذلك اذ لم يدل دليل من الادلة المذكورة على التخيير ولا مجموعها

اذ تعارض الادلة لا يقتضى التخيير بل يصار الى الترجيح ان أمكن والافاقى دليل آخر من الادلة الاربعه كما نهر رضى الأصول

الكافر والانتفاع به وله أن فيه معونة للكفرة لانه يعود حراً بالعتق ودفع شره به خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقهم غير مضاف اليه والاعتناء بدفع أسيرهم اليهم مضاف اليه أما المفاداة بمال ياخذونه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا في السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر ولو كان أسلم الاسير في أيدينا لا يقادى بمسلم أسير في أيديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه

حينئذ أنه يقادى بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد إذا بانساء فانه لا تجوز المفاداة بهن عندهم ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم وروى أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وهذه رواية السير الكبير قبل وهو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف تجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمه لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه ما ذكر في الكتاب (أن فيه معونة للكفرة لانه يعود حراً بالعتق ودفع شره به خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقهم فقط) والضرر بدفع أسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين وجه الرواية الموافقة لقول العامة أن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر والانتفاع به لان حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذي يعود اليه يدفعه اليهم يدفعه ظاهر المسلم الذي يتخلص منهم لانه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحده مثله ظاهر افيتكافان ثم يبقى فضيلة تخليص المسلم وتحسينه من عبادة الله كما ينبغي زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجه مسلم في صحيحه وأبو داود والترمذي عن عمران بن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسايين برجل من المشركين وأخرج مسلم أيضاً عن ابن عباس بن سلمة بن الأكوع عن أبيه خرجنا مع أبي بكر أمره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى أن قال فلقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال لي يا سامة هب لي المرأة فأنكأ بك أعني التي كان أبو بكر نكأها ياها فقلت هي لك يا رسول الله وانما ما كشفت لها ثوباً فبعثهم ارسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بهم أنا من المسلمين كانوا أسروا بمكة لأن هذا يخبرناهم فأنهم لم يقدروا بالنساء وبيق الاول (قوله أما المفاداة بمال ياخذونه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا) في المفاداة بالمسلمين من رده حراً بالعتق (وفي السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر) اذا لاشك في احتياج المسلمين بل في شدة حاجتهم اذ ذلك فليكن يحمل المفاداة الكائنة في بدر بالمال وقد أنزل الله تعالى في شأن تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى (ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن في الارض) أى يقتل أعداء الله من الارض فينتقم عنهم (تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة) وقوله تعالى (لولا كتاب من الله سبق) وهو أن لا يعذب أحد قبل النسي ولم يكن نهاهم (المسك فيما أخذتم) من الغنائم والأسارى (عذاب عظيم) ثم أحلها لهم ولهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً للجموع من الغداء وغيره وقبل للغنيمة فان قيل لاشك انه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما إذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة وفورده تكثير المحاربين لغرض دينوى وفي الكشف وغيره أن عمرو بن عبد الله عنه كان أشار بقتلهم وأبو بكر ياخذ الغداء تقوى وأورجاء أن يسلموا وروى أنهم لما أخذوا الغداء نزلت الآية فدخل عمرو بن عبد الله عنه على النبي عليه الصلاة والسلام فاذا هو وأبو بكر يبيكان فسأله فقال أبكى على أصحابك في أخذهم الغداء لقد عرض على عذابهم أدنى من هذه الشجرة قال وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نتجأ منه إلا عمرو وسعد بن معاذ لقوله كان الاثنان في القتل أحب الى والله أعلم بذلك (قوله ولو أسلم الاسير وهو في أيدينا لا يفيد به لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه) فيجوز ولانه لا يفيد تخليص مسلم من غير

المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله (وله أن فيه تقوية) وفي بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز أن يبرز هذا في جز دفع الضرر العام بعمل الضرر الخاص كما مر في صورة الرمي عند التترس بالمسلمين (وأما المفاداة باخذ المال منهم) في اطلاق أسراهم (فلا تجوز في المشهور من مذهب أصحابنا لما بينا) ان فيه تقوية ومعونة للكفرة يعودهم حراً بالعتق (وفي السير الكبير أنه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالاً بأسارى بدر)

تعالى عليه أى لا تؤخذ فدية بمقابلته لاق الا حارى التي في أيدي المسلمين فعند الشافعي رحمه الله حكمهم أحد الاربع للقتل والاسترقاق والغداء بالمال أو بالأسارى والمن وعندهما أحد الامور والثلاث الاولان والغداء بالأسارى وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه أحد الامرين الاولين (قوله لما بينا) إشارة الى قوله ان

وسيجيء جوابه وقوله (ولا يجوز أن عليهم) المراد بالإن عليهم هو الانعام عليهم بأن يتركهم نجاة من غدير استرقاق ولا ذمة ولا قتل (خلافًا للشافعي فإنه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر) يعنى اباعزة الجعبي (ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولأنه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه) للغائبين (فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض) كسائر الاموال المغنومة (ومارواه من المن على ابى غزرة فهو (منسوخ بما تلونا) وكذلك قوله تعالى فاما منا بعدوا فداء وكذلك قصة اسارى بدر لان سورة براءة كانت آخر ما نزل وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كالمواثيق أن يقول قد أجمعوا على أنه مخصوص بخاص من الله المستامن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهم أو بحديث ابى غزرة وأخبرهما والجواب ان قياس الاسير على الذي فاسد لو جرد الذمة فيه دون الاسير هو

(قوله ولاقول أن يقول الخ) أقول بخالف لما أسلف في أول الكتاب من أنه دليل قطعي فيغيب الفرضية

قال (ولا يجوز أن عليهم) أى على الاسارى خلافًا للشافعي فإنه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولأنه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض ومارواه منسوخ بما تلونا (واذا أراد الامام العود ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) وقال الشافعي يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح

اضرار لمسلم آخر (قوله ولا يجوز أن على الاسارى) وهو أن يطلقهم الى دار الحرب بغير شيء (خلافًا للشافعي) اذا رأى الامام ذلك ويقولنا قال مالك وأحمد وجه قول الشافعي قوله تعالى فاما منا بعدوا فاداء ولأنه عليه الصلاة والسلام من على جماعة من أسرى بدر منهم أبو العاص بن أبي الربيع على ما ذكره ابن اسحق بسنده وأبو داود من طريقه الى عائشة لما بعث أهل مكة في فداء أسراهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء أبي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة ترضى الله عنها أدخلتها على أبي العاص حين بنى بها فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لهارة شديدة وقال لا يحببها ان رأيت أن تطلقوها أسيرها وتردوا عليها الذي لها فافعلوا ففعلوا ورواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد أخذ عليه أن يحتل زينب اليه ففعل وذكر ابن اسحق أن ممن من عليه المطلب بن حنطب أسره أبو الربيع الانصاري فحلى سبيله وأبو عزة الجعبي كان محتاجا ذابنت فبكاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ببايات ثم قدم مع المشركين في أحد فأسر فقال يا رسول الله أقاتني فقال عليه الصلاة والسلام لا تسمع عارضيك بمكة بعدها تقول خذعت محمد امين ثم امر بضرب عنقه ويكنى مائتة في صحيح البخارى رحمه الله من قوله عليه الصلاة والسلام في اسارى بدر لو كان المظلم من عدوى حياثم كلفني في هؤلاء لئن اتركهم له والعجب من قول شارح هذا لا يثبت المن لان لولا امتناع الشيء لامتناع غيره يعنى فيفيد امتناع المن ولا يخفى على من له أدنى بصيرة بالكلام أن التركيب اخبار بأنه لو كاهم لتركهم وصدقه واجب وهو بان يكون المن جائزا فقد أخبر بأنه يطلقهم لو ساله اياهم والاطلاق على ذلك التقدير لا يثبت منه الا وهو جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ماعلق عليه لا ينفى جوازه شرعا وهو المطلوب واجاب المصنف بأنه منسوخ بقوله تعالى اقاتلوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضى عدم جواز المن وهى آخر سورة نزلت في هذا الشأن وقصة بدر كانت سابقة عليهم او قد يقال ان ذلك في حق غير الاسارى بدليل جواز الاسترقاق فيه يعلم ان القتل المأمور حتما في حق غيرهم (قوله واذا اراد الامام العود ومعه مواش) أى من مواشى اهل الحرب (فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها) ثم احرقها ولا يعقرها) كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن ابى طالب رضى الله عنه فرسه وبما كان لظنه عدم الفسخ في تلك الوقعة فخشى ان ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال او كان قبل نسخ المثلة أو عليه بها (ولا يتركها) لهم (وقال الشافعي) وأحمد (يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة) قلنا هذا غير يلم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام نعم روى من قول ابى بكر نفسه رواه مالك في موطنه عن يحيى بن سعيد أن ابى بكر رضى الله عنه بعث جيسوا الى الشام فخرج يتبع بزبد بن أبى سفيان فقال انى أوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيراهن ما ولا تقطعن شجرة امثرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة الا لما كلة ولا تخربن عامرا ولا تحرقن ولا تفرقن ولا تحنن ولا تغفل ثم هو محمول على ما اذا آنس الفصح وصبرورة

فيه معونة للكفرة لانه يعود حر باعينا (قوله ولا يجوز أن عليهم) خلافًا للشافعي رحمه الله تعالى عليه (المن أن يطلقهم بجاناهو يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ومارواه منسوخ بما تلونا لان سورة براءة من آخر ما نزل وقد تضمنت وجوب القتل بكل حال فكان ناسخا (قوله ولا يعقرها) خلافًا للشافعي رحمه الله ولا يتركها كما قال الشافعي رحمه الله يتركها لانه

ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء ثم يحرق بالنار لينة قطع منفعة عن الكفار وصار كخبر رب البنين بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثله وتحرق الأسلحة أيضاً ولا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار لابطال المنفعة عليهم (ولا يقسم غنمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام) وقال الشافعي لا بأس بذلك وأصله أن الملك لا يغنم لا يثبت قبل الأخراج بدار الاسلام عندنا وعندنا يثبت ويبتى على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية

البلاد دار اسلام وكان ذلك هو المستمر في دعوى أبي بكر وعمر رضي الله عنهما فما عتبارهما كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا في سابق تقدم أنه اذا كان ذلك فلا تحرق ولا تخرب لانه اتلاف مال المسلمين ألا ترى الى قوله لا تحرقن وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام أغر على أبي صبا حاتم حرق بني مجرد ذبح الحيوان وأنه اغرض الاكل جائز لانه غرض صحيح (ولا غرض أصح من كسر شوكتهم) وتعرضهم على الهلكة والموت وانما يحرق (لينة قطع منفعة عن الكفار وصار كخبر رب البنين) والتحرى بقوله هذا الغرض الكريم (بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه) وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخاري عن أبي هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا وفلاناً فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلاناً فاقتلوهما ولا تحرقوهما فإنه لا يندب به الا الله ورواه البراء بن عازب ما هاهنا هاهنا بن الاسود وناقص بن عبد القيس وطوله البيهقي وذكر السبب أنهما كانا رعايا بني بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاجلته عليه الصلاة والسلام حتى ألقته ما في بطنها والقضية مفصلة عند ابن اسحق مع وقتل لاهل السيرة وذكر البخاري أيضاً تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة الذين أتى بهم فباع ذلك ابن عباس فقال لو كنت أألم أحرقهم لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعباد الله وقتلتهم أقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه واخرج البراء في مسنده عن عثمان بن حيان قال كنت عند ابي الدرداء رضي الله عنه فاحدثت برغوا فاقبسته في النار فقالت سمعت أبا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا الرب النار هذا (وتحرق الأسلحة أيضاً ولا يحترق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار لابطال المنفعة عليهم) وما في فتاوى الولوالجي ترك النساء والصبيان في أرض غامرة أي خربة حتى يموتوا جوعاً كي لا يعودوا حرباً علينا لان النساء من النسل والصبيان يلغون فيصرون حرباً علينا فبعدلانه قتل بما هو أشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد أوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالأسرى خيراً حدث ابن اسحق عن نبيه بن وهب أني بنى عبد الدار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقبل بالأسرى فرقه بين أصحابه وقال استوصوا بالأسرى خيراً فقال أبو عزة بر مربي أخى مصعب بن عمير ورجل من الانصار يأسرني فقال له شديدك به فان امه ذات متاع قال وكنت في رهط من الانصار حين أقبلوا بي من بدر ف كانوا اذا قدموا غداهم وعشاءهم خصوني بالخبز واكلا التمر لو صير رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنما يقع في يدر جيل منهم كسرة من الخبز لالانفخي بها قال فأستحي فأردها على أحدهم فبردها على ما عساه فاكيف يجوز ان يقتلوا جوعاً اللهم الا ان يضطروا الى ذلك بسبب عدم الخبز والميرة فيتركوها ضرورة والله أعلم (قوله ولا تقسم غنمة في دار الحرب حتى تخرج الى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك) اذا انهمز الكفار وعن أبي يوسف رحمه الله الاحب الى أن لا يقسمها حتى يحرقها ذكره الكرخي وعنه ان لم تكن مع الامام حولة يجعلها عليها يقسمها في دار الحرب (وأصله أن الملك لا يغنم لا يثبت قبل الأخراج بدار الاسلام عندنا وعندنا يثبت) بالهزيمة يلزمه أن تقسمه الامام عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا مأكلة (قوله بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه) في الحديث لا يعذب بالنار الا ربه (قوله وأصله) أي وأصل الخلاف (قوله وتبتى على هذا الأصل عدة من المسائل

المناط وكذا على المستامن لعدم استحقاق رقبته وحديث أبي عزة متقدم على الآية وغيرهما غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص بشئ من ذلك والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم والمأكلة بضم الكاف وفصحها بمعنى وكلامه واضح قال (ولا يقسم غنمة في دار الحرب) قسمة الغنمة في دار الحرب لا تجوز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف جاز والتأخير الى الخروج الى دار الاسلام أحب الى وقال الشافعي رضي الله عنه لا بأس بذلك والأصل ان الملك لا يثبت للغنم قبل الأخراج بدار الاسلام عندنا وعندنا يثبت ويبنى على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية أي

له أن سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كافي الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمه يبيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحفظ والناقلة والثاني منعدم لعدمهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهرا

هناك لا تنفيذ ملكا الا اذا كان عن اجتهاد فانه أمضى القضاء في فصل مجتهد فيه أو كان لحاجة فان الحاجة موضعها مستثنى \* واعلم أن حقيقة مذهبنا أن الملك يثبت بالغنائم بأحد أمرين اما بالقسمه حيثما كانت أو باختيار الغنائم الملك وليس هو قائلا ان الملك يثبت للغنائم بالهزيمة كما تقولوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسم في دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لا حذبل يتأ كدالحق ولهذا لو أعتق واحد من الغنائم عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق يعتق الشريك ويحرر في ماعرف في عتق الشريك وتخرج الغرور المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغنائم في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده لا لو طئ بجارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الولد عتق بل لا اختياره التملك فبالهزيمة ثبت اسكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها والآخر لا يأخذها وكل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا يحد للثبوت سبب الملك وتقسم الجارية بالولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمه عندنا وان تأ كدالحق لان الاستيلاء واجب حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك في المخل بخلاف استيلاء جارية الابن لان له ولاية التملك فبملكها ابناه على الاستيلاء وليس له هنا تلك الجارية بدون رأى الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرابات والعراصة فوقعت جارية بين أهل راية مع استيلاء أحدهم لها لانه يصح عتقه لها لانهم اشتركة بينه وبين أهل تلك الولاية والعراصة شركة ملك وعتق أحد الشر كله نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة أما اذا كثروا فلان بالشركة العامة لا تثبت ولاية الاعتراف قال والقليل اذا كانوا مائة أو أقل وقيل أربعون وفيه أقوال أخرى قال في المبسوط والاولى أن لا يوقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا مبنى على ذلك أيضا ومنها الوات بعض الغزاة وقس في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا و يورث عنده بناء على التأ كد بالهزيمة حتى صح منه التملك والتأ كد يكفي للارث الا ترى أنا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسم للتأ كد لا للملك لانه لا ملك قبل القسمه وهذا لان الحق المؤكد يورث لحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط واستدل على ضعف الحق قبيل الاحراز باباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرر ورفه وعدم ضمان ما تلف من الغنيمة قبيل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال والشافعية ان معنوا الثاني لم يمنعوا الاول ومنها لو لحق المدد في دار الحرب قبل القسم شارك عندنا لا عنده للتأ كد وعنده فاما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لاحق التملك ولهذا لو أسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يعتق وكذا في باب الاموال اذا أسلموا بعد أخذها قبل الاحراز لا يملكون شيئا منها بل هم من جهة الغزاة في القسمه والاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد ذكره في النهاية ومعناه اذا لم يؤخذوا فان اسلامهم بعد الانخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالدود في التحفة ولو تلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة لا يضمن عندنا قال وبعد الاحراز بدار الاسلام يتأ كد حق الملك ويستقر ولهذا قالوا الوات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المثل وهذا المذكور في التحفة ماش مع

منها أن أحدا من الغنائم لو وطئ أمت من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه منه عنده وصارت الأمة أم ولد وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر وتقسم الأمة والولد والعقر بين الغنائم ومنها جواز البيع ومشاركة المدد والارث اذا مات أحدهم قبل القسمه (قوله ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه) أي في البيع والقسمه يبيع معنى لا شتما لها على الافراز والمبادلة لا بماله

كفاية المنتهى منها أن الامام اذا باع شيئا من الغنائم لا حاجة للغزاة أو باع أحد الغزاة فانه لا يصح عندنا لعدم الملك وكذا لو تلف أحدهم شيئا في دار الحرب لم يضمن وكذا الوات أحدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبيل القسمه في دار الحرب شاركهم في الغنيمة وقوله (له أن سبب الملك) ظاهر قوله (والثاني) أي اثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام (منعدم لعدمهم) أي لقدرة الكفرة على الاستنقاذ (ووجوده) أي وجود المسلمين في ديارهم

ثم قيل موضع الخلاف ترتيب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لاجن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدون

ما في المبسوط حيث قال فاما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتأكد بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالاخذ وما دام الحق ضعيفا لا يجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في البيع قبل القبض ووجه المصنف قول الشافعي بان سبب الملك يتم بالهزئة لانها ينفق الاستيلاء على مال مباح فيما كره وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الا سبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كافي الصيد والخطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين وبنى المصطلق وأرطاس في ديارهم ولنا منع أن السبب ثم فان غنائه بنبوت السيد المناقلة أي قدرة النقل والتصرف كيف شاءه نقلا وادخارا وهذا منتف عنه مادام في دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنفاد منهم ليس بعيد ألا ترى أن الدار مضافه اليهم فدل أنه مقهور ومادام فيها نوعا من القبر بدليل أن له أن يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهرا من وجهه مقهورا من وجهه فكان استيلاءه من وجهه فله يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل شيء يملك اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد من انما حيث يعتق برصولة الى عسكر المسلمين وان كان في دار الحرب وكذا لم أره ائمة تبين بذلك فانه بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام في عبيد الطوائف هم عتقاء الله ولان ذلك يدعى نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهر في الحال وقال انه تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعهن الى الكفار الآية وقسمه النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت أول حدود الاسلام لان مكة فتحت وأرض حنين وبنى المصطلق بعد فتح مكة واجراء أحكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار اسلام باجراء الاحكام ونبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها متاخمة لدار الاسلام على قوله وعلى قوله ما بالاول فقط وأنت اذا علمت أن الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على أن الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزئة بل في أن القسمة هل توجب الملك في دار الحرب أم لا فدل أن تجعل الدليل من الجانبين على ذلك وتقريره لشافعي أنه لا مانع من مذهبنا في دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا تنفيذ القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم أن القسمة انما تصح اذا قسم بلا اجتهاد أو اجتهاد سدوق على عدم مذهبنا قبل الاحراز أما اذا قسم في دار الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام وأما الحديث الذي ذكره وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغير يوجب جدا ثم ذكر المصنف خلافا في أن الخلاف في عدم جواز القسمة قبل الاحراز أو في كراهتها قبل المراءى عدم جواز القسمة مخي لا يثبت الاحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره وقيل انكر اهتلا بطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يتكاسلون في أمر الحرب وما يتفرقون

فتدخل تحتها أي تدخل القسمة تحت النهي (قوله ثم قيل موضع الخلاف ترتيب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لاجن اجتهاد) أي ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد بانها هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الكل والوطء وسائر الانتفاع أم لا فعلى قوله يثبت وعندنا لا يثبت ثم على قوله لان حكم الملك لا يثبت بدون أي بدون الملك فلما ثبتت الاحكام عنده من الكل والوطء وغيرهما بهذه القسمة الصادرة لاجن اجتهاد علمنا أن الملك كان ثابتا قبل القسمة كما اذا كانت الترتيبين الووثة فانه انما ثبتت أحكام الملك من الانتفاعات اذا وقعت القسمة لثبوت نفس الملك قبل القسمة فكذلك ههنا على قوله وعندنا لا يثبت بهذه القسمة الصادرة لاجن اجتهاد من حكم الملك شيء لان الملك لا يثبت قبل هذه القسمة فلا يثبت حكم الملك من الانتفاع بهذه القسمة ثم انما قيد القسمة بقوله لاجن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق وذكر في المبسوط وان قسمه في دار الحرب جاز لانه أمضى فصلا مجتهدا فيه وقضاء المجتهد فيه نافذ وقيل انكر اهتلا أي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا انكر اهتلا عدم الجواز

وقوله (ثم قيل موضع الخلاف) أي ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة في نصيبه من الكل والوطء وسائر الانتفاع أولا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقوله (لان حكم الملك لا يثبت بدون) أي بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام دليل ثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة فعنده مترتبة بهذه القسمة الصادرة لاجن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا ليست بمرتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة لترتيب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخالف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخالف العلة عن المعلول وانما قيد القسمة بقوله لاجن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق

قوله (وقيل الكراهة) أي حكم قسمة الغنائم في دار الحرب على مذهبنا الكراهة لعدم الجواز لما في القسمة من قطع شركة المدد فيقبل بها رغبتهم في الحقوق بالجيش ولأنه إذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا أمر وراعي ما يتم به القسمة فلا يمنع جوازها (وهي كراهة تنزيه عند محمد) فإنه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار (٢٢٥) الحرب وعند محمد لا الأفضل أن يقسم في دار

الاسلام وفيه نظر لأن هذا يشير إلى أن قول محمد على خلاف قول أبي حنيفة في القسمة في دار الحرب وليس يشهور فإنه لا خلاف بينهم في ظاهر الرواية عن أصحابنا وفي غير ظاهر الرواية الأفضلية منقولة عن أبي يوسف كما ذكرناه وأيضاً قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة يدل على خلاف ما يدل عليه قوله وقيل الكراهة وفي الجملة هذا الموضع لا يتخلو عن تسامح والمخلص عندهم اختلغوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب فقال بعض المشايخ المراد به عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الأحكام المترتبة على القسمة وقال بعضهم المراد به الكراهة وعلى هذا قوله على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة إنما يصح على قول الأولين ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح لكونه محرماً والمحرر راجح على المبيع (الأنه تقاعد عن سلب الجواز) بالاتفاق أما عند الشافعي فيجوز مطلقاً وأما عندنا فيجوز إذا احتاج الغزاة إلى الثوب والدابة ونحو ذلك (فلا تقاعد

وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد فإنه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد لا الأفضل أن يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح لأن تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن إيراد الكراهة (والرد والمقاتل في العسكر سواء) لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة أو شبهة والوقعة على ما عرف وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لم يكره وأذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الاسلام شاركوهم فيها) خلافاً للشافعي بعد انقضاء القتال

فربما يكر العدو على بعضهم فيكون المنع لعني في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز ثم قال المصنف (هي كراهة تنزيه عند محمد) فلا أفضل أن لا يقسم في دار الحرب لأنه صلى الله عليه وسلم ما قسم إلا في دار الاسلام والأفعال المتفقة في الأوقات المختلفة لا تكون إلا لدواعي كراهة خلافه أو بطلانه والكراهة أدنى فيعمل عليه للتيقن به قبل ونقل الخلاف هكذا وإن كان في المبسوط غير جيد لأنه لم يعرف خلاف عنهم إلا ما روى عن أبي يوسف وهذا لأن المسائل الفرادية الموضوعية مصرية بعد صحة القسمة قبل الإحراز مثل ما سألني من أن من مان من الغنائم لا يورث حقه من الغنيمة وأنه لا يباع من ذلك العلف ونحوه شيء ومنها عدم جواز التفتيل بعد الإحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد لاحق قبل الإحراز ثم وجه الكراهة بقوله لأن دليل البطلان أي بطلان القسمة قبل الإحراز راجح على دليل جوازها لأنه تقاعد عن سلب الجواز لأنه لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح وإذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الرابع والمرجوح الكراهة كافي في سؤره لهما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام ينبوع من القواعد فإن الإجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح وإذا كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجح عنده وكونه مخالف ولا إجماع لا يوجب بل لا يجوز ذلك المجتهد التزول عن مقتضاه والأفضل خلافة من المسائل كذلك وإذا لم يحكم البطلان فموجب إثبات الكراهة والتحقيق في سؤره لهما أن الكراهة تنزيهية لعدم تمامها من النجاسة لأن دليل حرمة اللحم الموجب للنجاسة السوء وعارضه شدة المخالطة وترجح عليه فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعي يحتاج خصوصه إلى دليل وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل وهذا إذا لم يكن للمسلمين حاجة أما إذا تحققت لهم في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوه قسمها في دار الحرب (قوله والرد) أي العون (والمقاتل) أي المباشرة للقتال مع الكفار وكذا أمير العسكر (سواء) في الغنيمة لا يميز واحد منهم على آخر شيء وهذا لا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق وسببين سببه فيما يأتي إن شاء الله تعالى (قوله وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الاسلام شاركوهم) أي المدد (فيها) وعن الشافعي فيه قولان وما ذكرناه على ما عهدناه من أن الملك لا يتم للغنائم قبل إحراز الغنيمة بدار الاسلام بخلاف أن يشاركوهم المدد إذا قام به الدليل ولا ينقطع حق

وذكر في المبسوط وقيل من مذهبنا كراهة القسمة في دار الحرب لا بطلان القسمة لما في القسمة من قطع شركة المدد فتقبل بها رغبتهم في الحقوق بالجيش ولأنه إذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا أمر وراعي ما يتم به القسمة فلا يمنع جوازها (قوله ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح) بدليل عدم الملك بمجرد الاستيلاء بالدليل الذي ذكرناه وأن دليل البطلان محرم والمحرر راجح على المبيع (الأنه تقاعد عن سلب الجواز لأن الإجماع ثابت في الجملة) أما عند الشافعي رحمه الله فيجوز بكل حال وأما عندنا إذا رأى الإمام المصلحة فإذا لم

(٢٩ - (فتح القدير والكفاية) - خامس) عن إيراد الكراهة (لأن الدليل المرجوح لم يطل بالكية حصل من معارضة الدليل الرابع والمرجوح الكراهة كافي في سؤره الجواز قال (والرد والمقاتل في العسكر سواء) الرد هو العون والمقاتل هو المباشرة في العسكر في استحقاق الغنيمة سواء (لستوائهم في السبب) وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا (أو شهود الواقعة) عند الشافعي رضي الله عنه (على ما عرف وكذلك إذا لم يقاتل لمرض أو غيره لم يكره) من الاستواء في السبب قوله (وإذا لحقهم المدد) ظاهر



وقوله (بناء على ما بهدناه من  
الاصل) يريد ما من سبب  
الملك عنده هو الاخصد  
والملك يثبت به وعندنا ان  
السبب هو الاحراز فاذا اشارك  
المدد الجليش في الاحراز الذي  
يتم به السبب شاركوه في  
نا كذا الحق به كجاء الحقواهم  
في حالة القتال (وانما تنقطع  
المشاركة بالاحراز او بقسمة  
الامام في دار الحرب او ببيع  
الغانم فيها لان بكل واحد  
منها يتم الملك فتقطع شركة  
المسدد ولاحق لاهل سوق  
العسكر في الغنيمه) باطلاقة  
يفيدني السهم الكامل  
والرضخ وكذا ذكر في  
المبسوط وعلى بان قصدهم  
التجارة لا اعزاز دين الله  
وارهاب العدو (الآن  
يقاتلوا) فلم السهم) وقال  
الشافعي رحمه الله يسهم لهم  
في قول لقوله صلى الله عليه  
وسلم الغنيمه لمن شهد  
الوقعة ولانه وجد الجهاد  
معنى بشكبير السواد) وقوله  
(ولنا انه لم توجد المجاوزة)  
واضح (وما رواه) من قوله  
الغنيمه لمن شهد الوقعة  
(موقوف على عمر رضى الله  
عنه) ومثله ليس بحجة عند  
لاه لا يرى تقليد الصحابي  
(أو تأويله أن يشهد على  
قصد القتال) ألا ترى أن  
الكفار يشهدونها وليس

المدد الاثلاثة أمورا الاحراز بدار الاسلام والقسم بدار الحرب وبيع الامام الغنيمه قبل لحاق المدد هذا  
وعلى ما حقه المبنى نا كذا الحق وعدمه وما استدلل به الشافعي من صحيح البخاري عن أبي هريرة رضى الله عنه  
قال بعث عليه الصلاة والسلام أبانا على سرية قبل نجد فقدم أمان وأصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم  
بجيبهم بعدما فتحها الى أن قال فلم يقسم لهم لادليل فيه لان وصول المدد في دار الاسلام لا يوجب شركة وخبر  
صارت دار اسلام بجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمه في دار الاسلام وأما سهامه لابي موسى الاشعري على  
ما في الصحيحين عنه قال بلغنا خبر رجس رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه أنا وأخوان  
لي أنا أصغرهم أحدهما أبو بردة والاخر أبو رهم في بضع وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فالتقنا الى  
البحاشي فوافينا جعفر بن أبي طالب وأصحابه عنده فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا ههنا  
وأمرنا بالاقامة فاقبضوا معنا فاننا نحن قد مننا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اقتنع خبير فاسهم لنا  
ولم يسهم لاحدنا عن فتح خيبر الا أصحاب سفينتنا فقال ابن حبان في صحيحه انما أعطاهم من خمس الخمس  
ليستكمل قلوبهم لان الغنيمه وهو حسن ألا ترى أنه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدوا وحل بعض الشافعية على  
أنهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل  
الحوز أو بعده بعد كونه بعد الفتح (قوله ولاحق لاهل سوق العسكر) أي (في الغنيمه) لاسهم ولا رخص الآن  
يقاتلوا) فحينئذ يستحقون السهم وبه قال مالك والأحد والشافعي فيه قولان أحدهما كقولنا والاخر يسهم  
لهم واستدل الشافعي بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال (الغنيمه لمن شهد الوقعة) والصحيح أنه موقوف  
على عمر كذا ذكر المصنف ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع حدثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طاوس  
عن ابن شهاب أن أهل البصرة غزواهم وأنها وند فامدهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضى الله عنه فظفروا  
فاراد أهل البصرة أن لا يقسموا الاهل الكوفة فقال رجل من بني تميم أيها العبد الاجدع تريد أن تشاركنا في  
غنائنا وكانت أذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خيرا أذني سبيت ثم كتب الى عمر رضى الله  
عنه فكتب عمر ان الغنيمه لمن شهد الوقعة ورواه الطبراني والبيهقي وقال هو صحيح من قول عمر وأخرج ابن  
عدي عن علي رضى الله عنه الغنيمه لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهدين وكذا  
عند الكرخي من مشايخنا وعلى قول الاخرين (تأويله أن يشهد على قصد القتال) والوقعة هي القتال وهو  
سلب الجواز لا يكون أدنى حالا من ابراث الكراهة لان الدليل المرجوح لم يطل أصلا حصل من معارضة  
الدليلين من الدليل الرابع والمرجوح الكراهة كافي سواء الهرة فانه لما قام الدليل على الحرمة والحل ولم يعمل  
دليل الحرمة في سلب الحل لم يتقاعده عن ابراث الكراهة كذا عانا (قوله وهو بناء على ما بهدناه من الاصل)  
وهو أن السبب هو الاخذ والملك يثبت بنفس الاخذ وعندنا السبب هو القهر وتعام القهر بالاحراز بدار  
الاسلام فاذا اشارك المدد الجليش في الاحراز الذي به يتم السبب يشاركونهم في نا كذا الحق به كجاء الحقواهم في  
حال القتال كذا في المبسوط (قوله ولاحق لاهل سوق العسكر) أي لاسهم لهم ولا رخص لان قصدهم  
التجارة لا أرهاب العدو واعزاز الدين (قوله فانه عدم السبب الظاهر) وهو مجاوزة الدرب على قصد القتال  
(قوله وما رواه موقوف على عمر رضى الله عنه) وذلك ليس بحجة عند بعض مشايخنا خصوصا على أصل

لهم شيء (وان لم يكن للادام  
جولة) بفتح الهمزة يحمل  
عليه من بعير أو فرس أو بغل  
وحمار (قسمها بين الغنمين  
اسمها يدايع) وكلامه واضح  
وقوله (لانه ابتداء اجارة)  
ي من كل وجه وهذا احتراز  
عن اجارة مستأنفة في حالة  
البقاء فانه يجبر على الاجارة  
الاتفاق كما في مسألة السفينة  
فان من استأجر سفينة شهرا  
خلف المدة في وسط البحر فانه  
يمنع قد علم الاجارة أخرى باجر  
المثل بغير رضا المالك وقوله  
(وصار كما اذا انقفت دابته)  
يعني في كونه ابتداء اجارة  
من كل وجه وقوله (ويجبرهم  
في رواية السير الكبير)  
ظاهرا ويكون الاجرم  
الغنائم يبتدأ به قبل الخس  
لان في هذا الاستتجار منفعة  
للغانمين فهو كالاستتجار  
لسوق الغنم والرمك وحق  
أصحاب الجولة لا يمنع حصّة  
الاستتجار لان شركة المالك  
هي التي لا تمنع حصّة الاستتجار  
لا شركة الحق كما في مال بيت  
المال وقوله (ولا يجوز بيع  
الغنائم قبل القسمة) واضح

الشافي رحمه الله فان عنده لا يقلد الصحابي (قوله لانه ابتداء اجارة) أى من كل وجه هذا الاحتراز عن اجارة مستانعة في حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما في مسألة السقينة فان من استأجر سقينة شهر افضت المدة في وسط البحر فانه تنفع وعليها اجارة أخرى باجر المثل بغير رضا المالك كذا في المحيط (قوله ويجبرهم في رواية السيرالكبير) ذكر فيمو يستوى في ذلك أن رضى به أصحاب الجولة أو أبا اذا كان بهم غنى عن تلك الجولة لانهم بهذا الإبقاء قصدوا التعتن فان في هذا الاستجار منفعة لهم من حيث أنه تحصل لهم الاجرة بمقابلة منفعة لا تتبع لهم بدون هذا الاستجار وفيه منفعة للعاغبين أيضا فكاواعتنيت في الإبقاء والقاضي لا يلتفت الى ايام التعتن ولان الاستجار وبقاء الاحارة عند تحقق الحاجة محكم من غير الامر فن الامر أولى وبنيانه في

بما تقدم قوله (ولامالك قبل الاحراز) فيه نظر لانه يناقض قوله فيما تقدم لان بكل منها يتم الملك والجواب انه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها هنا اعتمادا على ذكره هناك اولان ذلك لعارض الحاجة والاعتبار للاموار الاصلية وقوله (وقدينا) أي في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب قوله (ولاباس بان) (٢٢٨) يعلف العسكر) أي دواجم العلف (في دار الحرب) وقوله لم يقيد بالهاجة

يعني القدر الذي في مختصره (وقد شرطها) يعني محمدا (في رواية) هي رواية السير الصغير (ولم يشترطها في أخرى) وهي رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وعلف ظهره) أي دابته واستعار لفظ الظهر لها والميرة الطعام (فيعتبر حقيقة) أي حقيقة الحاجة في السلاح وقوله (والدابة مثل) السلاح يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة الركب أما اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالأطعم (ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب) قيل وليس يصح لان القدر الذي في مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب أما الحطب فلنعتذر النقل من دار الاسلام جاز استعماله كافي العلف وأما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن المأخول كالزيت لانه لما كان مأكولا كان صرفه الى يده كصرفه الى أكله وإذا لم يكن مأكولا لا يتنفع به بل يرد الى الغنيمة

ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي من مات منهم بعد استقرار الهزيمة لورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بينا، قال (ولاباس بان يعلف العسكر في دار الحرب) أي كوا ما وجدوه من الطعام) قال رضى الله عنه أرسل ولم يقيد به بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في أخرى وجه الاول انه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به بالحاجة كافي الثياب والدواب وجه الاخرى قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر كواها واعلقوها ولا تحملوها لان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطة تبقى على أصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستحب فانه دليل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقة فاستعمله ثم رده في المغم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخيز والحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال (ويستعملوا الحطب) وفي

تقر بها على عدم الملك قبل دار الاسلام وهو المراد بقوله وقد بينا (قوله) ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب) أي كوا ما وجدوه من الطعام) علف الدابة علفا من باب ضرب ضرب يافهى معلوف وعليف والعلف ما علفه وحاصل ما هنا أن الموجود ما ياتي كل أول ما ياتي كل ما يتداوى به كالحليلج أولا فالثاني ليس لهم استعماله الا ما كان من السلاح والكرع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بان مات فرسه وانكسر صغفه أما اذا أراد أن يوفر سيغه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل أمه ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الحطب المخوف لان الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثرا للملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فانها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرد الى الغنيمة اذا انقضى

استحجار السفينة على ما ذكرنا وكذلك استحجار الاوعية لمل المسائح فيها مدة مقاومة اذا انتهت المدة وهم في المفازة وكذلك اذا استاجروا دابة لمل الامتعة من موضع الى موضع مدة معلومة فانه انتهت المدة وهم في المفازة أو مات صاحب الدابة فانه يتبدى العقبة بعد انتهاء المدة ويبقى بعد الموت في هذه المواضع باجر المثل وبالمسمى في حالة البقاء وكان ذلك لاجل الحاجة فكذلك في الغنائم اذا نحتقت الحاجة الى جملها فان قيل جواز البناء لا يدل على جواز الابتداء بلارضا لان البناء أسهل من الابتداء قلنا لا فرق بينهما لانه في الحالين يتلأ منافع العين باجر المثل لصيانة المال بلارضا (قوله) وقد شرطها في رواية) ذكر في المحيط فقد قيد بمجرده الله في السير الصغير الاباحة بطعام الغنيمة وعاقبها بالحاجة وفي السير الكبير أباح الانتفاع عليه بحاجة وبغير حاجة فصار في المسئلة رواية فإذ كره في السير الصغير جواب القياس وما ذكره في السير الكبير جواب الاستحسان حتى أن على رواية لسير الكبير يستوي فيه الغنى والغنى في حل الانتفاع ثم قال وكما يجوز للغازي أن يأخذ من طعام الغنيمة وعلفها مقدار كفايته فيجوز له أن يأخذ منها مقدار ما يكفي عبيده الذين دخلوا معه ويقومون على دواجمهم وحفظ رجالهم وكذلك يأخذون لنفسهم وصبيانهم الذين دخلوا معهم ولو كان رجل دخل دار الحرب لخدم بعض الجندي باجر فلا يباح له أن يتناول شيئا من الغنيمة وكذلك من دخل دار الحرب للحجارة (قوله) وعلف ظهره) أي دابته ولفظ الظهر مستعار لها والميرة الطعام (قوله) والدابة مثل السلاح) أي تعتبر الحاجة فيها والطعام كالخيز والزيت أي المراد بالطعام ما هو المهيال كل وفي المحيط وان وجدوا غنما فلا باس بان يذبحوها وياكلوها ويدرأوا جلودها في الغنيمة وقد كره هذا الحكم في السير الكبير في الجزر وفي الايضاح في البقر فاعلم بهذا أن المهيال كل وما هو غير مهيال سواء في اباحة تناول للغازي وان أصابوا

وقال المصنف ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب

بعض

وباكلوا الخ) أقول أي لا باس بان يعلف العسكر دواجم العلف فالقول بهما محذوفان

علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب اذا أطمعها العلف (قال المصنف ويستعملوا الحطب الخ) أقول معطوف على قوله بان يعلف (قوله) فيسبل وليس يصح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله) واذا لم يكن مأكولا الخ) أقول كدهن البنفسج والخيز

بعض النسخ الطيب (ويدهنوا بالدهن ويوقعوا به الدابة) لمساس الحاجة الى جميع ذلك (ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمه) وتاويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بينا (ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئا) ولا يتولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو باحسة وصار كالبيع له الطاعم وقوله ولا يتولونه اشارة الى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرر ولا ضرر الى ذلك فان باعه أحدهم رد الثمن الى الغنمة لانه بدل عين كانت للجماعة وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا أنه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمذكورة أولى وهذا لان حق المدد محتمل وحاجته هو لا متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة لانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الخواص قال

الحرب وكذا الثوب اذا ضره البرد فيسعمله ثم يردده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد ضمن عليه ولو احتاج الكل الى الثياب والسلاح قسمها حينئذ بينهم (ولم يذكر) بمخرجه الله (قسمه السلاح ولا فرق) كما ذكره المصنف لان الحاجة في السلاح والثياب واحد بخلاف السي لا يقسم اذا احتج اليه لانه من فضول الخواص لامن أموالها فيستصحبهم الى دار الاسلام مشاة فان لم يطيقوا وليس معه فضل حوله قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهسل بكره من عنده فضل حوله على الخيل يعني بالاحريه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا الطيب والادهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لانه ليس في محل الحاجة بل الفضول وقال عليه الصلاة والسلام ردوا الخيط والخيط ولا شئ أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه الى استعمالها كان له ذلك كبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة وأما ما يؤكل كاللحم المطبوخ والخبز والزبيب والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والادهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الاكل والادهان بتلك الادهان لان الادهان انتفاع في البسند كالاكل ويوقعوا الدواب بها وتوقع الدابة تصليب جافرها بالدهن اذا حفي من كثرة المشي والراء أي الترفيع خطأ كذا في المغرب لكن الاصح جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترفيع وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ وفي الجهره قريح عيشه ترفيعا اذا أصلحه وأنشد

يترك ما رقيح من عيشه \* يبحث فيه همج هاجج  
والهمج من الناس هم الذين لا نظام لهم فالترقيح أعم من التوقيع وكذا كل ما يكون غسيرا مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها وبردون الجلد الى الغنمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة الى تناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الاثمة الثلاثة فيجوز لكل من الفقير والغني

سمسا أو زيشا أو دهن سمسم أو فاكهة بابسة أو رطبة أو سكر أو بصل أو غير ذلك من الاشياء التي تؤكل عادة للتعيش لباس بالتناول منها قبل القسمة ولا يجوز أن يتناول شيئا من الادوية والطيب ودهن البنفسج وذكر في الايضاح انما لا يجوز تناول هذه الادهان لانها لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الاصلية بل تستعمل للزينة وتوكل مالا يؤكل ولا يشتر بل ينبغي أن يتنفع منه بشئ قل أو كثر لقوله عليه السلام ردوا الخيط والخيط (قوله ويوقعوا به الدابة) توقع الدابة تصليب جافرها بالشحم المذاب اذا حفي أي رن من كثرة المشي والراء خطأ كذا في المغرب (قوله وتاويله اذا احتاج اليه) بان لم يكن له سلاح لانه اذا احتاج الغازی الى استعمال سلاح الغنمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقال في الايضاح ولا ينبغي أن يستعمل شيئا من الاسلحة والدواب ليق بذلك سلاحه ودوابه لان الاطلاق كان باعتبار الحاجة والحاجة مع وجود الملك (قوله وقد بيناه) اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصعبه (قوله يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل الثياب والسلاح (قوله وان احتاج الكل يقسم في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب

يترك ما رقيح من عيشه \* يبحث فيه همج هاجج  
والهمج من الناس هم الذين لا نظام لهم فالترقيح أعم من التوقيع وكذا كل ما يكون غسيرا مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها وبردون الجلد الى الغنمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة الى تناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الاثمة الثلاثة فيجوز لكل من الفقير والغني

سمسا أو زيشا أو دهن سمسم أو فاكهة بابسة أو رطبة أو سكر أو بصل أو غير ذلك من الاشياء التي تؤكل عادة للتعيش لباس بالتناول منها قبل القسمة ولا يجوز أن يتناول شيئا من الادوية والطيب ودهن البنفسج وذكر في الايضاح انما لا يجوز تناول هذه الادهان لانها لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الاصلية بل تستعمل للزينة وتوكل مالا يؤكل ولا يشتر بل ينبغي أن يتنفع منه بشئ قل أو كثر لقوله عليه السلام ردوا الخيط والخيط (قوله ويوقعوا به الدابة) توقع الدابة تصليب جافرها بالشحم المذاب اذا حفي أي رن من كثرة المشي والراء خطأ كذا في المغرب (قوله وتاويله اذا احتاج اليه) بان لم يكن له سلاح لانه اذا احتاج الغازی الى استعمال سلاح الغنمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقال في الايضاح ولا ينبغي أن يستعمل شيئا من الاسلحة والدواب ليق بذلك سلاحه ودوابه لان الاطلاق كان باعتبار الحاجة والحاجة مع وجود الملك (قوله وقد بيناه) اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصعبه (قوله يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل الثياب والسلاح (قوله وان احتاج الكل يقسم في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب

(ومن أسلم منهم) معناه في دار الحرب (أحرز باسلامه نفسه) لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق (وأولاده الصغار) لانهم مسلمون باسلامه تبعاً (وكل مال هو في يده) اقله عليه السلام من أسلم على مال فهو له

تناوله الا لتاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر لا يحل لهم ولو فعلوا لاضمان عليهم وياخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه وينبغي أن ياخذ ما يكفي الداخل لخدمته كعبد له لان نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي أن ياخذ لاجله ولان دلائل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعاً عن الاسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو الثياب والسلاح يباح بحقيقة الحاجة والحديث الذي ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خير كواها وعلقوها ولا تحملوها واه البيهقي أنبأنا علي بن محمد بن بشران أخبرنا أبو جعفر الرازي حدثنا أحمد بن حنبل حدثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس بن عبد الرحمن الأشجعي عن أبي سفيان عن عبد الله بن عمر وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خير كواها وعلقوها ولا تحملوها وأخرجه الواقدي في معازيه بغير هذا السند وهذا الاطلاق يوافق رواية السبر الكبير وأخرج أبو داود عن عبد الله بن أبي أوفى أصبنا طعاماً يوم خير فمكنا الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف وأخرج البيهقي عن هاني بن كاثوم أن صاحب جيش الشام كتب الى عمر رضي الله عنه انا فقتنا أرضاً كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشئ من ذلك إلا بأمرك فكتب اليه مدع الناس يا كلون ويعلفون فمن باع شيئاً بذهب أو فضة فغيبه خمس لله وسهم للمسلمين وهذا دليل ماذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئاً ولا يتولونه فان باعوا ردوا الثمن الى الغنمة لانه عوض عين مشتركة بين الغنمين استحقاقاً (قوله ومن أسلم منهم) هنا أربع مسائل احداها أسلم الحربى في دار الحرب ولم يخرج اليها حتى ظهر على الدار والحكم فيها ماذكر في الكتاب من أنه أحرز نفسه وولده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى آخر ما سئذ كرنا فيها أسلم في دار الحرب ثم خرج اليها ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك في الأولاد الصغار لانه حين أسلم كان مستتبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتبائن فيغنم وما أودع مسلماً أو ذمياً ليس فيألان يدهما يد محبة على ذلك المال فتدفع احراز المسلم فترد عليه وما أودع حراً يباقي ظاهر الرواية في وعن أبي حنيفة أنه لانه يده تخلف يده وجه الظاهر أنهم ليست يد محبة حتى لا تدفع اغتنام المسلمين عن أمواله وثلاثها مستأمن أسلم في دار الاسلام ثم ظهرنا على دار جميع ما خلفه فيها من الأولاد الصغار والمال في لان تبائن الدارين فطاع للعصمة فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم أما في غير الأولاد فظاهر وأما فيهم فلا نسلم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتبائن الدارين فصاروا من جملة الأموال اربعة داخل المسلم أو الذي دار الحرب بامان واشترى منهم أموالاً أو أولاداً ثم ظهرنا على الدار فالحال له الا الدور والارضين فانها في لانه يده محبة لانه مسلم فتسكون يده محرومة دافعة لاحراز المسلمين اياها فاما الارضون فالوجه فيها ما سئذ كرو من قاتل من عبيده في و امرأته الحبيلى الحر بئمة وماني بطنها في هو وديعته ولو عند حربي لانه مادام في دار الحرب فيده عليها ولنا أن الى مسألة الكتاب قال ومن أسلم منهم الخ قال المصنف معناه في دار الحرب قيده احترازاً عما أسلم مستأمن في دار الاسلام ثم ظهر على الدار فان جميع ما خلفه فيها حتى صغاره في على ماذكرنا وهو بعد ذلك أهم من كونه خرج البنا أولم يخرج البنا والحكم المذكور يخص ما إذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته نغانم أن الذي خرج فظهر على الدار وهو عندنا لا يخرج غير بنيه فلا بد من تقيده بكل من كونه في دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وحينئذ يخرج نفسه وأولاده الصغار لانهم مسلمون تبعاً لكل مال بالنسبة عطفاً على نفسه من نقد وعبيد وامالهم يقاتلوا (قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له) قال محمد حدثنا

والمتاع (قوله ومن أسلم منهم معناه في دار الحرب) انما قيد بهذا لانه لو هاجر الى دار الاسلام وأسلم لا يصير ماله وأولاده في دار الحرب بحراز باسلامه وذكروا في الفوائد الظاهرية وهن مسائل أربع احداها اذا أسلم الحربى

أسلم منهم) انما احتاج المصنف الى قوله معناه في دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بامان فأسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان أولاده وأمواله كلها في ماله ما ينال من الكفار بعد ما نفع الحرب أو زارها وتعتبر الدار دار الاسلام قوله (لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق) لانه يقع جزاء لاستنكافه عن عبادة ربه عز وجل فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بان يصير عبد عبيده ولما كان مسلماً وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد للشرط واحترز بذلك عن الاسترقاق حاله البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم قوله (وأولاده الصغار وكل مال) منصوبان بالعطف على مفعول أحرز (قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال الحديث) أقول أى مع مال (قوله فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم) أقول أى في هذا الباب

وقوله (في يد مهيبة) احتراز  
عن يد الغاصب وقوله  
(محترمة) احتراز عن يد  
الطربي قوله (وقبل هذا) أي

كون عقاره (فيأقول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر) قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أستحسن في العقاران أبعده لانه ملاك يحترم له كالمقول وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد الا ان كان عنه أضرار وإيتان فقد هان الخطب اذذاك قوله (عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان اليد على البقاع انما تثبت حكما ودار الحسب ليست بدار الاحكام فلاعتبر به فيها قبل ظهور المسكين عليها وبعد الظهور يد الفاعين فيها أقوى من يده لغيرهم

أقول عطف على قوله في يده

الى قوله وسلطانها) اقول

تروء مخالف لمافی الكتاب

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840. 84

في دار الحرب بولم يخرج حتى ظهر ناعلى الدارالحكم فيها ما ذكرناه لا يغنم نفسه وأولاده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى آخره والمسئلة الثانية الحربى اذا دخل دارنا بامان وأسلم ثم ظهر المسلمون على داره فاهله وماله وجميع ما خافه فى دار الحرب بمن أولاده الصغار فى والثالثة اذا أسلم الحربى فى دار الحرب ثم دخل دار الاسلام ثم ظهر المسلمون على داره فجميع ماله هناك فى والأولاد الصغار والرابعة اذا دخل المسلم دار الحرب بامان واشترى منهم أموالا وله أولاد استعصمهم مع نفسه فى دار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فالجواب فيه على نحو ما بينا فى حربى أسلم فى دار الحرب ثم وقع الظهور على الدار الا فى فصلين أحدهما أن أولاده الكبار هنا لا يصبرون فى الدارهم مسلمون والثانى أن ما كان ودبعة له عند حربى لا يصير فى الدار رواية أبى سليمان رحمه الله وعلى رواية أبى حفص رجة الله تعالى عليه يصير فى الدار (قوله لانه فى يد معجزة) احتراز عن يد



وعند محمد ثبت (وزوجته في) لانها كافرة لا تتبعه في الاسلام لان المسلم يزوج الكافية وتبقى كافيية ولا تصير مسلمة تبعاً لزوجها هون باب الاعتقاد (وكذا حملها في خلاف الشافعي رضي الله عنه) في الحمل (هو يقول انه) أي الحمل (مسلم) بتبعية أبيه والمسلم لا يسترق كولد المنفصل (ولما أنه حرّوها) وهي قد صارت فياً بجميع أجزائها ألا ترى انه لا يجوز ان يستثنى الجنين في اعتناق الام كالأبستثنى سائر أجزائها فكأن أن الحمل لا يصير عبداً عند اعتناق الام مستثنى بحال (٢٣٢) فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى به ما ثبت الرق في الام وقوله

(وزوجته في) لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام (وكذا حملها في) خلافاً لشافعي هو يقول انه مسلم تبعاً كالمنفصل ولنا أنه حرّوها فيرقها والمسلم يحمل التملك تبعاً لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لا يندم الجزئية عند ذلك (وأولاده الكافري) لانهم كفار حربيون ولا تبعية (ومن قاتل من عبده في) لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعاً لاهل دارهم (وما كان من ماله في يد حربي فهو في) غصبا كان أو ودعة لان يده ليست بمحرمة (وما كان غصباً في يده لم يرد في) عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فياً قال العبد

لكن قد ضعف أبانا جماعة مع احتمال أن برأ حقيقة الماء ونزول الأرض لاجله قال (وزوجته في) لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها في) وان حكم باسلامه تبعاً لغيره لا يردنا (خلافاً لشافعي هو يقول انه مسلم كالمنفصل ولنا أنه حرّوها فيرقها والمسلم يحمل التملك تبعاً لغيره) كالو تزوج أمة الغير تكون أولاده مسلمين أرقاء (بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية وأولاده الكافري لانهم كفار حربيون) لا يتبعونه في الاسلام ولا خلاف في هذا (ومن قاتل من عبده) فهو (في) خلافاً للآلة الثلاثة والظاهر معهم لانه لم يخرج عن كونه ماله ولا يحجبنا أنه لما قاتل والغرض أن سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج من يده فصار تبعاً لاهل دارهم فنقصت نسبته بالمالية الى مولاه لان كمال معنى ماليت بالملك واليدوع هذا قلنا (ما كان من ماله في يد حربي غصباً فهو في) لا ارتفاع يده بالغصب واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا بمحرمة ولان الحربي الغاصب ملكه بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة قاله الفقيه أبو الليث وكذا اذا كان ودعة عند حربي عنده خلافاً للآلة الثلاثة في الفصلين لا طلاق الخديت ولا يي يوسف ومحمد في فصل الودعة لان بد المودع كيدوه ولو كانت في يده حقيقة لا تكون فياً فكذا اذا كانت في يده حكماً بخلاف الغصب لانه ليس في يده حقيقة ولا حكماً ولا يي حقيقة أن يد الحربي ليست بمحرمة ألا ترى انها لا تدفع يد الغاصب عن ماله فم لا تدفع يدهم عن مال غيرهم وأورد أن يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب أن تعمل عمل الاصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها كما أن التراب لما كان خلفاً عن الماء عمل بصفة الماء فرفع الحدث فيكون المال معصوماً والعصمة صاحبه أوجب بجوابين أحدهما أن المال في الاصل غير معصوم بل على الاباحة وانما يعصم تبعاً للعصمة ما ليه وتبعيته له في العصمة انما ثبت اذا ثبت يد المالك المعصوم حقيقة وأحكام الاحترام وكلاهما منتفها وهذا ما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكومية بمحرمة وغير المحترمة انما هي يد الحربي الحقيقية الثاني أن قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكيم فاعتبار الحكمي أن أوجب العصمة فالحقيقي بعينه والعصمة لم تكن نابتة فلا تثبت بالشك ويرد على هذا منع أن الم تكتن نابتة بل كانت معلومة الثبوت من حين أسلم للاجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي والنص يوجب في ملكه العصمة بالام وأما ما كان غصباً في يد مسلم

الغاصب بمحرمة احترام عن يد الحربي (قوله وما كان من ماله في يد حربي فهو في غصبا كان أو ودعة لان يده ليست بمحرمة) لانها لا تدفع استغناء المسلمين عن ماله فكذا عن هذه الودعة وما كان غصباً في يد مسلم أو ذي فهو في عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يكون فينا قال رضي الله تعالى عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمه الله قال صاحب النهاية رحمه

(والمسلم يحمل التملك) جواب عن قوله انه مسلم تبعاً وتقريره سلمنا انه مسلم تبعاً لكن المسلم يحمل التملك تبعاً لغيره كما اذا تزوج المسلم أمة الغير يكون الولد فياً بتبعية الام وان كان مسلماً باسلام أبيه وقوله (بخلاف المنفصل) جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذا قوله (وأولاده الكافري) ومن قاتل من عبده في لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعاً لاهل الدار) وأهل الدار في ومن لم يقاتل فليس يني لانهم أتباعه (وقوله وما كان من ماله في يد حربي فهو في غصبا كان أو ودعة لان يده ليست بمحرمة) اعترض عليه بان ما قام مقام غيره انما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب أن تكون يده كيد المسلم محترماً نظراً الى نفسه لا غير محترماً نظراً الى الحربي وأوجب بان قيام يد المودع على الودعة حقيقي وقيام

يد المالك عليه حكمي واعتبار الحكمي ان أوجب العصمة فاعتبار الحقيقي بعينه والعصمة لم تكن نابتة لان المال في أصله على صفة الاباحة وعصمة تابعة لعصمة المالك وانما تثبت التبعية أن لو ثبت يد المالك المعصوم له حقيقة وأحكام الاحترام لانه بدون الاحترام يعارضها جهة الاباحة الأصلية فلا تثبت بالشك وقوله (وما كان غصباً في يده لم يرد في) يختلف نسخ الرواية في هذا الموضع فبعضها وقع شيء (قوله وأوجب بان قيام يد المودع الخ) أقول خلاصة الجواب أن العمل بوصف الاصل انما يكون اذا لم يكن له معارض وهما وجد المعارض وهو الاباحة الأصلية (قوله مع الاحترام) أقول أي احترام اليد الحقيقية



هكذا وما كان غصباني يد سلم أودى فهو في عند أبي حنيفة وقال لا يكون فيأ قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذ كرفي شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد وهو ليس بصحيح لانه ليس بذ كور في السير الكبير بلفظ قال لا ليس لابي يوسف فيه ذ كرو بعضها وقع هكذا وذ كرو قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو أيضا ليس بصحيح لان المذ كور في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو في عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذ كروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وهذا هو الصحيح المطابق (٢٣٣) لرواية السير الكبير وشرح الجامع

الصغير (لهما أن المال تابع للنفس) لكونه وقاية لها (والنفس صارت معصومة بالاسلام فبقيها ماله فيأ قوله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام ألا ترى أنها ليست بمنعومة إلا أنه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا وابطاحه التعرض بعرض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خالق عرضة للامتهان فكان محلا للملك أودى فقال المصنف هو قول أبي حنيفة خلافه ما قال (هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذ كروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة) وفي بعض النسخ وقال لا يكون فيأ الى ان قال وذ كروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد فلا شك أن هذا انكسار لا معنى له ثم قال في النهاية انه تتبع النسخ والصحيح منها أن يقال وما كان غصباني يد سلم أودى فهو في عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ لان رواية السير الكبير على ما ذكر الامام شمس الأئمة هكذا وكذا في المحيط ولم يذ كرها في قول أبي يوسف مع محمد وذ كروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد لان نفي الاسلام قال في الجامع ولو كان وذبعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أودى أو ضاعها فهو في وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون فيأ وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضي خزان والنير تاشي وغيرهما (لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فبقيها ماله فيأ قوله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام) بل معه بسبب اندفاع شره فانه هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا جل الامانة (واباحه التعرض) كان (بعرض شره) فلما اندفع بالاسلام عاد الاصل (بخلاف المال فانه خالق عرضة للامتهان فكان محلا للملك) في الاصل (وليس في يده) حال الغصب لاحقة ولا يحكم فليس في يده أحد (فلم تثبت العصمة) فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم أو الذي وذبعة فانه في يده ملكه حكمه الاحترام فلم يكن فيأ وما تقدم من أن الملك يتم في دار الحرب

الله هكذا وقع لفظ الهداية في بعض النسخ وهذا لا يصح أصلا لانه لو كان الاختلاف هكذا في ذنبك الكنايين لقال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير والجامع الصغير ولما احتاج الى ذ كرو قوله وذ كروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمه الله لانه لا يذ كروا يكون تكرار المحضام تطويل بغير فائدة ووقع في بعضها وقال محمد رحمه الله لا يكون فيأ ما كان قوله وقال مع أبي حنيفة رحمه الله انه ممكن قوله مع محمد رحمه الله ثم قال رحمه الله تعالى عليه ولا يكتفي بتبعه بتوفيق انه تعالى الاقوال فوجدتها كما هو حقها في الكتب ثم وضعها كالموضع الهناء مواضع الثقب قلت والصحيح من النسخ هو أن يقال وما كان غصباني يد سلم أودى فهو في عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وقال محمد رحمه الله تعالى عليه لا يكون فيأ لانه رواية السير الكبير هكذا وهكذا أيضا في المحيط ولم يذ كرها في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه والصحيح أيضا في الثاني هو أن يقال وذ كروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد رحمه الله تعالى لان الامام نفي الاسلام البرذوي رحمه الله تعالى عليه ذ كروا في الجامع الصغير ولو كان وذبعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أودى أو ضاعها فهو في وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى لا يكون فيأ وهكذا أيضا ذ كروا في الجامع الصغير لقاضي خزان والنير تاشي وغيرهما (قوله ألا ترى أنها ليست بمنعومة) حتى

(٣٠) - (نفع القدر والكفاية) - (خامس) بما كلفته (واباحه التعرض) انما هي (بعارض شره وقد اندفع بالاسلام) فعادت الى أصلها لا باعتبار أنها معصومة (بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للامتهان) فكان مقتضى موجوده المانع من قبله كونه في يده حقيقة واحكام الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان بد الغاصب ليست بناتبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجوز كونه ليس في يده أحد فإ (قوله اعدم الاحراز) أقول أي لعدم احراز الحربي الذي أسلم (قوله وتقر به لانه لم يذ كرها في قول أبي يوسف مع محمد رحمه الله تعالى) أقول انما يظهر أن مراده معصومة النفس عن اثبات اليد وظاهر أنه لا مجال لمنعه

قوله (واذا خرج المسلمون) ظاهر (٢٣٤) وقوله (معناه اذ لم تقسم) يعني الغنيمة وقوله (اعتبارا بالمتلصص) فانه اذا دخل

وليس في يده حكمة فلم تثبت العصمة (واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجوز ان يعلقوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها) لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قدنا كدحق يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام (ومن فضل معه علف أو طعام رده الى الغنيمة) معناه اذ لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه أنه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان أحق به قبل الاخراج فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا أغنياء وانفقوا به ان كانوا محاييج لانه صار في حكم المقطعة لتعذر الرد على الغانين وان كانوا انفقوا به بعد الاخراج ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه \* (فصل في كيفية القسمة) \* قال (و يقسم الامام الغنيمة فيخرج خسمها) لقوله تعالى فان الله خسمه استثنى الخمس (و يقسم الاربعه للاخماس بين الغانين) لانه عليه الصلاة والسلام قسمها بين الغانين

بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الياث يقتضي أن يزول ملكه الى المسلم الغاصب وحيث لا يكون مباحا اللهم الا أن يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد (قوله وليس في يده حكمة) أنه على ناول بل الاموال \* (فروع) \* أسرا العدو وعيدا ثم أسلوا واهولهم لانه مال أسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جني جنانية أو تلف متاعا فله قيمته بطلت الجنانية ولزم الدين لان حق ولي الجنانية في رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى الا ترى أنه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجنانية فالما الدين في ذمته فلا يبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لما لبته فانما ملكه متغولاه فلو اشتراه رجل منهم أو أصابه المسلمون في غنيمة أي ولم يسلم مولاة فاخذها المولى بالقيمة أو الثمن فان الجنانية لا تبطل عنه لانه يبعده الى قديم ملكه وحق ولي الجنانية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجنانية قتل عدل لم تبطل عنه بحال (قوله واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجوز ان يعلقوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة اندفعت والاباحة) التي كانت في دار الحرب انما كانت (باعتبارها ولان الحق قدنا كدحق يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج ومن فضل معه طعام أو علف برده الى الغنيمة معناه اذ لم يكن قسم) الغنيمة في دار الحرب بشرطه ولو انتفع به قبل قسمتها بعد الاخراج برز قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعي في قول (وعنه أنه لا يرد اعتبارا بالمتلصص) وهو الواحد الداخل أو الاثنان الى دار الحرب اذا أخذ شيئا فخرجه يختص به فلنا مال تعاق به حق الغانين والاختصاص كان للعاجزة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه دائما أحق به قبل الاخراج وبعده وأما بعد القسمة فيصدقون بعينه ان كان قائما بقيمته ان كانوا باعوه هذا ان كانوا أغنياء وان كانوا محاييج فقرأ انفقوا به ان كانوا قائما (لانه صار في حكم المقطعة لتعذر الرد على الغانين) لتفرقهم وان كانوا تصرفوا فيه فلا شيء عليهم وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الاخراج يتصدق به الغني لا الفقير (لقيام القيمة مقام الاصل) وأخذها حكمه

\* (فصل في كيفية القسمة) \* قيل لمابين أحكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها وانما أفرد بفصل على حدته اكثر مباحته وشعبه بالنسبة الى غير من الاحكام والقسمه تجعل النصيب الشائع معلوما (قوله ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خسمها) أي عن القسمة بين الغانين (ويقسم الاربعه للاخماس بين الغانين) هذا قول القديري (وقال المصنف لقوله تعالى فان الله خسمه استثنى الخمس) أي الله تعالى أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانين فيسببه فكان استثناء معنى للاخراج وهو من استثنيت الشيء

لم يجب اقتصاص والدية على قاتله في دار الحرب (قوله وليس في يده حكمة) لان يد الغاصب ليست بنايئة عن يد المغصوب بعينه فلا يكون ما في يد الغاصب في يد المغصوب سبه حكمة فيجعل كاله لفس في يد أحد فكان فينا (قوله لتعذر الرد على الغانين) لقلنا جدا أولتفرقهم والله تعالى أعلم بالصواب

\* (فصل في كيفية القسمة) \* (قوله استثنى الخمس) سماء استثناء من حيث أن حكمه يخالف حكم أربعة الاخماس كما أن حكم المستثنى منه يخالف حكم المستثنى الغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية الكرا الصولة

الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الامام فاخذوا شيئا فهو لهم ولا يحمس لانه ليس بغنيمة اذا الغنيمة هو المأخوذ فها باذن الامام فهو مباح سبقت أهمسم اليه قوله (وبعد القسمة تصدقوا به) أي اذا جاؤا بما فضل من طعام أو علف أخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة في دار الاسلام تصدقوا به ويقال رجل محويج أي محتاج وقوم محاييج وقوله لتعذر الرد على الغانين يعني لتفرقهم وقوله (فاخذ حكمه) أي أخذت الغنيمة حكم الاصل وانما ذكر ضمير الغنيمة على ناول ما يقوم أو على ناول المذكور يعني لو كان فاضل الغنيمة الذي كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له تناول منه فكذا يحل له تناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل \* (فصل في كيفية القسمة) \* لمابين أحكام الغنائم لابد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع في مكان معين (و يقسم الامام الغنيمة فيخرج خسمها لقوله تعالى فان الله خسمه استثنى الخمس) أي أخرجه استعار الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه (ويقسم الاربعه للاخماس بين الغانين)

\* (فصل في كيفية القسمة) \*

بالكتاب والسنة والاجماع  
أما الكتاب فلان الله تعالى  
قال واعلموا أنما غنمتم من  
شيء أضاف الغنيمة إلى  
الغانمين وهم الغزاة ثم  
قال تعالى فان الله خسه فكان

بيان ضرورة أن بقية  
الاخماس للغزاة وقد عرف  
ذلك في أصول الفقه وأما  
السنة فلان النبي صلى الله  
عليه وسلم قسمها بين الغانمين  
ولان الأربعة الاخماس  
لغانمين بالاجماع فقسم  
بينهم أيضا بالالتحق  
إلى مستحقه ثم كيفية القسمة  
أن يعطى الفارس سهمين  
والراجل سهما (عند أبي  
حنيفة رضي الله عنه وقال  
وهو قول الشافعي رضي  
الله عنه للفارس ثلاثة  
أسهم) وروى في ذلك ما ذكر  
في الكتاب والغناء بالمد  
والفتح الاجزاء والكفاية  
والكر الجمل والفر يعني  
الفرار والفرار اذا كان  
لاجل أن يكون الكر  
أشد كان من الجهاد  
والفرار في موضعه محمود  
لأنه لا يرتكب المنهي المذكور  
في قوله تعالى ولا تلقوا  
بأيديكم إلى التهلكة

(قوله ثم قال فان الله خسه  
فكان بيان ضرورة أن بقية  
الاخماس للغزاة) أقول  
كقوله تعالى وورثه أبواه  
فلامه الثالث (قوله ولان  
الأربعة الاخماس لغانمين  
بالاجماع) أقول في العبارة  
مسحوة وكان الظاهر أن  
يقول وأما الاجماع فلان الخ

(ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند أبي حنيفة رجة الله تعالى عليه (وقال للفارس ثلاثة أسهم) وهو  
قول الشافعي رجة الله تعالى عليه لما روى ابن عمر رضي الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم  
للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لانه لا يسكر  
والفر والثبات والراجل للثبات لا غير

أي زو يته لنفسه فهذا يرجع إلى قول الله تعالى لا قسمة إلا ما بين يدي من الغنائم من حيث يشاء الله  
قسمتها ما هو أن يعطى خمسة للبناي والمساكين وأبناء السبيل على مائتي ويعطى الأربعة الاخماس لغانمين  
(فعند أبي حنيفة) وزفر (للفارس سهمان وللراجل سهم) وعندهما (وهو قول مالك والشافعي وأحمد وأكثر  
أهل العلم) (للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم) لهم ما روى عن ابن عمر رضي الله تعالى عنه وسلم جعل للفارس  
سهمين وأصاحبه سهما لفظ الخاري وأخرج السنة إلا النسائي وفي مسلم عنه قسم في النفل للفارس سهمين  
وللراجل سهما وفي رواية بإسقاط لفظ النفل وفي رواية أسهم للراجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهم له وسهمان  
لفرسه وهذه اللفاظ كلها تبطل قول من أول من الشراح كون المراد من الرجال الرحالة ومن الخيل الفرسان  
بل في بعض الالفاظ القائلة قسم خبير على ثمانية عشر سهما وكانت الرحالة ألفا وأربعمائة والخيل مائتين  
وعن ابن عباس مثله (ولان الاستحقاق بالغناء) وهو بالمد والفتح الاجزاء والكفاية (وغناء الفارس الكر)  
أي الجملة على الاعداء (والفر) السكائن للكرة أو النجاة في موضع يجوز الفرار وهو ما إذا علم أنه مقتول ان لم  
يفر ولا يرتكب المنهي عنه في قوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة (والثبات وليس للراجل إلا الثبات)  
فانحنى في ثلاثة أمور والراجل في واحد منها واستدل المصنف لأبي حنيفة بحديث ابن عباس أنه عليه الصلاة  
والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غير يرب من حديث ابن عباس بل الذي رواه  
اسحق بن راهويه في مسنده قال حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان حدثنا الخجاج عن أبي صالح عن ابن  
عباس قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما وأخرج أيضا من طريق  
ابن أبي ليلى عن الحكم عن ابن عباس وعن ابن عباس نحوه في حديث الخمس رواية غير واحد من  
الأئمة لكن في هذا الباب أحاديث منها ما في أبي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري  
قال قال سمعت أبي يذكرك عن عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عجمي بن جارية الانصاري  
وكان أحد القراء الذين قرأوا القرآن قال شهدت الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما  
انصرفنا عنها إذا الناس يمزقون الأباغر فقال بعض الناس لبعض ما للناس قالوا أوحى إلى رسول الله صلى الله  
عليه وسلم فخر بنما مع الناس فوجف فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع الغميم فلما  
اجتمع عليه الناس قرأ عليهم أنا فحننا لك فتحامينا فقال رجل يا رسول الله أنفع هو قال نعم والذي نفس محمد  
بيده أنه أنفع فقسمت خبير على أهل الحديبية فقسمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان  
الجيش ألفا وخسمائة فيهم ثلثمائة فارس فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهما قال أبو داود وهذا  
وهم وانما كانوا مائتي فارس فأعطى الفارس سهمين وأعطى أصحابه سهما وقال الشافعي انما قال فأعطى  
الفارس سهمين وأعطى الرجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه وأعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب وأما  
ابنه مجمع الراوي عنه فتعقبتهم ما في مجمع الطبراني عن المقداد بن عمر وأنه كان يوم بدو على فرس يقال له  
سبعة فأسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم وفي مسنده الواقدي وأخرج الواقدي  
أيضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بني قريظة فارسا فضر بلى بسهم  
ولفرسي بسهم وأخرج ابن مردويه في تفسيره حدثنا أحمد بن محمد بن السري حدثنا المنذر بن محمد حدثنا  
أبي حدثنا يحيى بن محمد بن هاني عن محمد بن اسحق قال حدثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة

والجملة والفر يعني الفرار والفرار اذا كان لاجل أن يكون الكر أشد كان هو من الجهاد أو الفرار في موضع

ولابي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ماروي ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطي الفارس سهمين والراجل سهما فعارض فعلاه فيرجع إلى قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين وإذا تعارضت روايته ترجح رواية غيره ولأن الكسر والغرم من جنس واحد

قالت أصابع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبابا بنى المصطلق فأخرج الجنس منها ثم قسمها بين المسلمين فأعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومنها حديث ابن عمر الذي عارض به المصنف رواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو أسامة وابن غيرة فالا حد ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل للفارس سهمين وللراجل سهما اهـ ومن طريقه رواه الدارقطني وقال قال أبو بكر النيسابوري هذا عندى وهم من ابن أبي شيبة لأن أجد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما روى عن ابن غيرة خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن أبي أسامة خلاف هذا يعني أنه أسهم للفارس ثلاثة أسهم ثم أخرجه عن نعيم بن حماد حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك أن نعيمًا ثقة وابن المبارك من أثبت الناس وأخرجه أيضا عن يونس بن عبيد الأعلى حدثنا ابن وهب أخبرني عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما قال وتابعه ابن أبي مريم ونجاد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري رواه القعني عن العمري بالشك في الفارس أو الفرس ثم أخرجه عن جراح بن منهال حدثنا حماد بن سلمة حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد بن حماد عن ابن عمر في حديث عبيد الله متعارضا الكرخي لكن رواية السهمين عنه أثبت وروى الدارقطني أيضا في كتابه المؤلف والمختلف حدثنا عبيد الله بن محمد بن اسحق المروزي ومحمد بن علي بن أبي روبة فالا حد ثنا أجد بن عبد الجبار حدثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن أمين عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما وإذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر بل في فعله عليه الصلاة والسلام مطلقا نظرا إلى تعارض روايته غير ابن عمر أيضا ترجح النفي بالأصل وهو عدم الوجوب وبالعنى وهو (أن الكسر والغرم من جنس واحد) والثبتات جنس فهما اثنتان للفارس وللراجل أحدهما فله ضعف ماله ولأن الزيادة ليست بالألزام في الغناء ضرورة وان تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لأن من راجل أنفع فيه من راجل وفارس من فارس ولا يستذكر زيادة الغناء راجل عن فارس فانما (يدار الحكم على سبب ظاهر وللغارس سيمان) في الغناء بنفسه وفروسه (وللراجل نفسه فقط) فكان على النصف وقول المصنف (وإذا تعارضت روايته ترجح رواية غيره) يريد ابن عباس وعلمت ما فيه فإن قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر في البخاري فهو أصح فلماذا قد منغبر مرة أن كون الحديث في كتاب البخاري أصح من حديث آخر في غيره مع فرض أن رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لأنقول به مع أن الجمع وإن كان أحدهما أقوى من الآخر أولى من إبطال أحدهما وذلك فيما قلنا بحمل رواية ابن عمر على التنزيل فكان إعمالهما أولى من إهمال أحدهما بعد كونه

القرار محمود لثلاث تراكيب النهي في قوله تعالى ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة (قوله وإذا تعارضت روايته) أي روايته ابن عمر رضي الله عنهما وهي روايته معا عنه على وفق مذهبه ما رواه أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه أيضا على وفق مذهبه يرجح رواية غيره وهي رواية ابن عباس رضي الله عنهما وهذا لأن من تعارضت روايته كان احتمال النسخ في رواية نفسه وبرواية غيره وخبر من لا تعارض في روايته لا يحتمل النسخ إلا من رواية غيره فكان احتمال النسخ فيه أقل فكان أولى (قوله ولأن الكسر والغرم من جنس واحد) إذ نفس القرار ليس بمستحسن بل القرار إذا تحسن إذا فعل لاجل الكسر فيمنع أن يكون من جنس واحد ولا يعتبر نوعا آخر

(ولابي حنيفة رضي الله عنه) ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما (وهو ظاهر ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الأصول فإن الأصل أن الدليلين إذا تعارضا وتعدى التوفيق والترجيح يصار إلى ما بعده لا إلى ما قبله وهو قوله فتعارض فعلاه فيرجع إلى قوله والمسلكت المعهودة في مثله أن يستدل بقوله ويقول فعلاه لا يعارض قوله لكون القول أقوى بالاتفاق وقوله (وإذا تعارضت روايته ترجح رواية غيره) أي سأت عن المعارضة فيعمل بها يعني رواية ابن عباس

(قوله والمسلكت المعهودة أقول الواو حالية)

وقوله (فيكون غناؤه مثل غناء الرجل) لان نفس الفرار ليس بمحمود بل الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكبر فيكونان من جنس واحد ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذره معرفته) يعني تدييد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر في الغناء والوقوف على تلك الزيادة متعذرا لانها تظهر عند المسابقة وكل منهم مشغول بروحه واذا كان متعذرا (٢٣٧) وله سبب ظاهر اذ يراجلهم عليه (وللفارس

سببان نفسه والغرس  
وللراجل سبب واحد) وهو  
نفسه (فكان استحقاق  
الفارس على ضعفه)  
(قوله ولا يسهم الا لغرس  
واحد) واضح وحاصل

قال المصنف (فيكون غناؤه  
مثل غناء الرجل الخ) أقول  
قال الزبلي مع ما يمنع أن  
زيادة الغناء تستحق به الزيادة  
الاربي أن الشاكي  
بالسلاح أكثر غناء من  
الاعزل ومع هذا لا تستحق  
به الزيادة ولان الغرس تبع  
فلا يزيد سهمه على الاصل  
ومارو ويحجول على التثقيب  
يكر وي أنه عليه الصلاة  
والسلام أعطى سلمة بن  
الاكوع رضى الله تعالى  
عنه سهم الفارس والراجل  
وهو كان راجلا جيرا الطلحة  
والاجير لا يستحق سهمها  
من الغنيمة وانما أعطاه  
رضخا لجدته في القتال وقال  
خير رجالنا سلمة بن الاكوع  
وخير فرساننا أبو قتادة اه  
فيه بحث ان شئت فانظر  
الى شرح الاتفاقى حيث قال  
فان قلت السوقى من أهل  
سوق العسكر والاجير لخدمة  
الغازى لا يسهم لهما اذالم  
يقاتلا كالعبد ثم اذا قاتلا  
يسهم لهما كما يسهم اسائر

فيكون غناؤه مثل غناء الرجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذره معرفته فيدار الحكم  
على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والغرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه (ولا  
يسهم الا لغرس واحد) وقال أبو يوسف يسهم لغرسين لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لغرسين  
سندا صحيحا على ما ذكرته من حديث ابن المبارك وبنسب من عبد الاعلى وذو كرام من تابعه وأما قوله تعارض  
فعلاه فيرجع الى قوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف وخطئ من عزاه لابن أبي  
شيبه ثم هو وزان ما تقدم له في سجود السهمون قوله فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله وعلم ما تقدم  
هناك من أنه يقيد أن المصير أولا الى الفعل فاذا تعذر التمسك به حيث يصار الى القول وليس كذلك هذا  
هو اعلم أن من خارج حديث الثلاثة أكثر فانه روى من حديث ابن عمر وأخرجه أبو داود من حديث ابن أبي  
عمرة عن أبيه والطبراني من حديث أبي رهم وهو مختلف في صحبته وأخرجه أيضا من حديث أبي كبشة الانباري  
والبراز من حديث المقصد وأخرجه اسحق بن راهويه من حديث ابن عباس وكذا الطبراني وأبو عبيد  
القاسم بن سلام وأخرجه أحمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطنى عن عبد الله بن الزبير  
عن الزبير وأخرجه الدارقطنى أيضا من حديث جابر وأخرجه أيضا من حديث أبي هريرة وأخرجه أيضا من  
حديث سهل بن أبي حنيفة وهى مع أنها لم تسلم من المقال من هنا لا ينافى قول أبي حنيفة ذلك قد علمت أن رواية  
الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الواقعة وأن حديث ابن أبي عمرة أن نزار رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعة  
فارسين وغناهم لا ينافيه وكذا حديث أحمد أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير سهمها وفارسه سهمين  
وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فاعطى الفارس من الثلاثة أسهم  
وأعطى الراجل سهمين هذا ظاهر في أنه ليس أمره بالسهر والالقال كان عليه الصلاة والسلام أوقضى  
عليه الصلاة والسلام ونحوه فلما قال غزاة وقد علم أنه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزاة ثم خص  
هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في أن غيرهما لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطنى لحديث الزبير  
أعطاني يوم بدر وفي رواية له أخرى عنه يوم خيبر ولا تنافي اذ جاز كونه قسم له ذلك فيهما وما في حديث  
سهل بن أبي حنيفة أنه شهد حينئذ أسهم لغرسه سهمين وله سهمان وفي حديث عبد الله بن أبي بكر بن  
عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قرظة أنه عليه الصلاة والسلام جعل للفارس وفارسه ثلاثة  
أسهم له سهم وفارسه سهمان لا يقتضى أن ذلك مستمر منه عليه الصلاة والسلام وقد بقي حديث بنى  
المصطلق عن عائشة وتقدم ما يعارض حديث بنى قرظة وهذا ما أحدثت أبي كبشة عن النبي صلى الله  
عليه وسلم قال انى جعلت للفارس سهمين وللغارس سهمان نقصهما نقصه الله تعالى فلم يصح لانه رواية  
محدث بن عمران القيسى أكثر الناس على تضعيفه وتوحيده (قوله ولا يسهم الا لغرس واحد) أى اذا دخل  
دار الحرب بغرسين أو أكثر وهذا قول مالك والشافعى (وقال أبو يوسف) وهو قول أحمد (يسهم لغرسين)  
فيعطى خمسة أسهم سهم له وأربعة أسهم لغرسيه ولم يذكر الخلاف في ظاهر رواية عن أبي يوسف وانما هو  
في رواية الاملاء عنه واستدل المصنف لذلك بما روى (أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لغرسين) وهذا روى من

بل يعتبر زيادة غناء والزيادة لا تتعلق بزيادة الغناء اذ بعضهم لا بد أن يكون أغنى من بعض (قوله لتعذر  
معرفته) أى معرفته مقدار الزيادة لان ثلاث انما تظهر عند المسابقة والمقابلة عند اللقاء الصفيين وكل منهم  
الغزاة والعبد اذا قاتل لا يسهم له بل يرضخ في الغزاة قل ان العبد تبع فاتحط رتبة بخلافهما حين ائتمار لانه لا تبعية حينئذ بل هما كسائر  
الغزاة ولهذا سقط خبره زمان القتال مع العدو عن المستأجر اه قال الزبلي الاجير لا يسهم له لانه دخل لخدمة المستأجر ولا يجمع له أجر  
وتصيب في الغنيمة اه (قوله لان النفس الفرار الخ) أقول كان فيه اشارة الى جواب قوله والفرار في موضعه مجود الخ فانه ممنوع ولا نسلم  
استلزام تركه ارتكاب النهى وكيف وقد وقع من الصحابة رضى الله عنهم

ولان الواحد قد يعيا فيحتاج الى الآخر ولهما أن البراءة بن أوس قاذرسين فلم يسلمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مغضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه مجمل على التنزيل كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

حديث أبي عروة عن بشر بن عروة بن محسن قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي أربعة أسهم ولى سهمها فأخذت خمسة أسهم ورواه الدارقطني ومن حديث الزبير بن جريح عن عبد الرزاق أخبرنا إبراهيم بن يحيى الاسلمى أخبرنا صالح بن محمد عن مكحول أن الزبير بن جريح أخبرنا عن النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي عن مكحول منقطع وقال الشافعي في دفعه وهشام ثبت في حديث أبيه الى أن قال وأهل المغازي لم يروا أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين ولم يختلفوا أنه يعني النبي عليه الصلاة والسلام حضر خيبر بثلاثة افراس السكب والضرب والمر تجز ولم يأخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير بن جريح عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أسهم لفرسين يوم بدر أربعة أسهم سهمين لفرسي وسهمي لشهيد من ذوي القربى ومن رواية هشام بن عروة أيضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر لاربعة افراس العوام بأربعة أسهم سهم له وسهم لاهم صغيرة بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا أحسن الآن قوله أهل المغازي لم يروا أنه أسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي في المغازي حدثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فأشهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وقال أيضا حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي صعصعة عن الحرث بن عبد الله بن كعب أن النبي صلى الله عليه وسلم قاذر في خيبر ثلاثة افراس لارز والضرب والسكب وقاذر لاربعة افراس العوام أفراسا وقاذر خراش بن الصمة لفرسين وقاذر البراءة بن أوس لفرسين وقاذر أبو عجرة لفرسين فأسهم عليه الصلاة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة أسهم أربعة لفرسيه وسهم له وما كان أكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد وأثبت ذلك أنه أسهم لفرس واحد ولم يسهم عنه أنه صلى الله عليه وسلم أسهم لنفسه الا لفرس واحد الى هنا كلام الواقدي مع اختصاره وقال سعيد بن منصور حدثنا فرح بن فضالة حدثنا محمد بن الوليد الزبيري عن الزهري أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى أبي عبيدة بن الجراح أن أسهم لفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبهما سهمان ذلك خمسة أسهم وما كان فوق الفرسين فهو حنائب وقال سعيد أيضا حدثنا ابن عباس عن الاوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخييل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين وأما ما ذكره المصنف عن البراءة بن أوس أنه قاذر فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدي رحمه الله وذكره ابن منده في كتاب الصحابة قال روى محمد بن علي بن قريش عن محمد بن عمر المديني عن يعقوب بن محمد بن صعصعة عن عبد الله بن أبي صعصعة عن البراءة بن أوس أنه قادم مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة أسهم الا ان هذه غرائب وقال مالك في الموطأ لم يسهم بالفرس واحد واستمر المصنف على طريقة حلى الزائد على التنزيل قال (كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل) حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة

الدليلين وقوع التعارض بين رواية فعله صلى الله عليه وسلم والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله (ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة) فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مغضيا الى زياد الغناء بالقتال عامها فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وقوله (وما رواه مجمل على التنزيل الخ) استظهار في تقوية الدليل لان ما رواه المسقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب عنه أو تأويل له

قال المصنف (فلا يكون السبب الظاهر) أقول أي لاستحقاق الغنيمة

مشغول بشأنه في ذلك الوقت فتعذر الوقوف عليه (قوله فلا يكون السبب الظاهر) وهو المجاوزة مغضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد وقال في الاسراف المبدء معتبر على ما ل الامر من القتال فان الارهاب انما يحصل بخوفهم عاقبة أمرهم من القتال معهم على الافراس والقتال لا يتصور الا على فرس واحد فاذا علم ذلك حقيقة لم تقع زيادة ارهاب بزيادة الفرس (قوله كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين) أحدهما على سبيل التنزيل لجده في القتال فانه قال عليه الصلاة والسلام خيبر رجالنا سلمة بن الاكوع وخيبر فرساننا أبو قتادة رضي الله

(والبراذين والعناق سواء)

البراذين جمع برذون وهو

فرس العجم والعناق

الكرائم يقال عناق الخيل

والطير لكرائمهما والعراق

حلاف فرس العجم والهمجين

ما يكون أبوه من الكوادر

وأمة عربية والكودن

البرذون ويشبهه به البليد

والعراق عكس الهمجين

وانما تصدى لذكر النسوية

بين البرذون والعناق لان

أهل الشام يقولون

لا يسهم للبراذين وروافيه

حديثا عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم شاذوا وحتما

ذكر في الكتاب وهو واضح

وقوله (ألين عطا) بفتح

العين وكسر هاء معنى الفتح

الامانة ومعنى الكسر

الجانب (ومن دخل دار

الحرب فارسا) هذا لبيان

وقت اقامة السبب الظاهر

مقام ما يوجب زيادة السهم

وهو وقت مجاوزة الدرب

عندنا وقوله (وهكذا)

أي كقول الشافعي رضي

الله عنه (روي ابن المبارك

عن أبي حنيفة رضي الله عنه

في الفصل الثاني) يعني ما اذا

دخل دار الحرب راجلا

(قوله والمقر عكس

الهمجين الخ) أقول في

العصاح والقاموس الاقارب

من قبل الفعل والهمجة من

قبيل الام في الشرح

مخالف لما فيهما قال

(والبراذين والعناق سواء) لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل  
زهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل يطلق على البراذين والعراق والهمجين والمقر فاطلاقا واحدا ولان  
العراقي ان كان في الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطافا في كل واحد منهما مانعة معتبرة فاستويا  
ومن دخل دار الحرب فارسا فتفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم  
راجل (وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين وهكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة في الفصل الثاني أنه

فساق الحديث بطوله الى أن قال فلما أصبحنا قال عليه الصلاة والسلام خير فرساننا اليوم أبو قتادة وخير  
رجالنا سلمة بن الأكوع ثم أعطاني سهمين سهم الغارس وسهم الراجل فجمعهم الى جميعا ورواه ابن حبان  
قال وكان سلمة بن الأكوع في تلك الغزاة راجلا فاعطاه من خمسة عليه الصلاة والسلام لامن سهمان المسلمين  
ورواه القاسم بن سلام وقال كان سلمة قد ساد استغذلقاح النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدي فحدثت به  
سفيان فقال خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهذا عندي أولى من حمله على أنه أعطاه من سهمه والا  
لم يسم نغلا ل هبة وخبر سلمة واللقاح مفصل في السيرة (قوله والبراذين) وهي خيل العجم واحدها برذون  
(والعناق) جمع عتيق أي كريم وهي كرام الخيل العربيين والبراذين والخيل العربية هما (سواء) في  
القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر وكذا لا يفضل العتيق على الهمجين وهو ما يكون أبوه من البراذين وأمه  
عربية ولا على المقر وهو ما يكون أبوه عربيا وأمه برذونية قبل انما ذكر هذا لان من أهل الشام من يقول  
لا يسهم للبراذين وروافيه حديثا شاذوا وحتما فبه ما ذكر في الكتاب من أن اطلاق الخيل يشملهما وكذا  
الارهاب ولان في كل خصوصية ليست في الآخر فالعتيق ان فضل بجودة الكروا الفر فالبرذون بفضل بزيادة  
قوته على الخيل والصبر ولين العطف وكونه ألين عطافا من العربي غير صحيح لان هذا اذا ترمع التعليم والعربي  
أقبل للادب من العجمي من الخيل وكون أحد يقول لا يسهم بالكية للفرس العجمي بعيد ويمكن أن يكون  
ذكره لما نقل عن مجرأه فضل أصحاب الخيل العربية على المقارب وفي سيرة ابن هشام حدثني أبو عبيدة قال  
كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه الى سلمان بن ربيعة الباهلي وهو بارمينية يأمره أن يفضل  
أصحاب الخيل العرب على أصحاب الخيل المقارب في العطاء فغرض الخيل فربه فرس عمرو بن معدى كرب  
فقال له سلمان فرسك هذا مقرق فغضب عمرو وقال هجين عرف هجين مثله فوثب اليه قيس يعني ابن مكشوح  
فتوجه فقال عمرو اتوعدني كأنك ذورعين \* بأفضل عيشة أو ذورواس  
وكائن كان قبلك من نعيم \* وملك ثابت في الناس راسي  
قديم عهد من عهد عاد \* عظيم قاهر الجبروت قاسي  
فأسمى أهله بادوا وأمسى \* محمول من أناس في أناس

(قوله ومن دخل دار الحرب فارسا فتفق فرسه) أي هلك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان ومن دخل  
راجلا فاشترى في دار الحرب (فرسا) فقاتل فارسا عليه (استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه) في  
الفصلين (وهكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن أبي حنيفة) أي فيما اذا دخل راجلا فاشترى فرسا

تعالى عنه وثنا فيه نفقة الخادمين للمرأة (قوله والبراذين والعناق سواء) انما ذكر هذا لان أهل الشام  
يقولون لا يسهم للبراذين وروافيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذوا البرذون فرس العجم والجمع  
البراذين وخلافها العرب يقال فرس عتيق أي محب رافع والجمع العناق ويقال عناق الطير والخيل  
كرائمه والهمجين هو ما يكون أبوه من الكوادر وأمه من العربي المقر ما يكون أبوه عربيا وأمه من  
الكوادر والكوادر البرذون وكف ويشبهه به البليد (قوله في الفصل الثاني) وهو ما اذا دخل دار الحرب  
راجلا ثم اشترى فرسا فقاتل فارسا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليهما أن له سهم فارس وفي  
ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان كذا في المحيط (قوله وهكذا) معطوف على قوله وجواب الشافعي



ثم اشترى فرشا قاتل فارسا في ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان (والحاصل أن المعتبر عندنا في وقت إقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكينة وعلى كل مدخل من مدخل الروم درب من درو بها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الخارج بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوز الدرب دخلت في حد دار الحرب ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا في حد دار الاسلام (وعنده حال انتضاء الحرب) (٢٤٠) أي تمامها وهذه رواية عن ظاهر من مذهبه أنه يعتبر مجرد شهود الواقعة

ويدل عليه يدل على ذلك وكان المصنف أشار بقوله حال انتضاء الحرب إلى إحدى الروايتين عنه وبالدليل إلى الأخرى لأن قوله (يعتبر حال الشخص عنده) أي عند القتال إشارة إلى حال شهود الواقعة لا إلى حال انتضاء وقوله (والمجاوزة وسيلة) رد لمذهبنا وقوله (كأن خروج من البيت) يعني للقتال فإنه وسيلة إلى السبب ولا يعتبر به في اعتبار حال الغازي من كونه واجباً أو فارساً وكذلك في هذه الوسيلة وقوله (وتعلق الأحكام) جواب عما سنذكر في تعليلنا أن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وبيانه أن الأحكام

يستحق سهم الفرسان والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انتضاء الحرب به أن السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة إلى السبب كأن خروج من البيت وتعلق الأحكام بالقتال يدل على إمكان الوقوف عليه ولو تعذر أو عسر تعلق بشهود الواقعة لأنه أقرب إلى القتال ولأن المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف والحال بعد ما حاله الدوام ولا معبر بهار لأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الواقعة لأنه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه أذ هو السبب المفضي إليه ظاهراً

فقاتل عليه أن له سهم فارس وظاهر المذهب الأول (والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب (وعنده حال الحرب به أن السبب) في استحقاق الغنيمة إذا وجدت (هو قتاله فيعتبر حال الشخص) المستحق (عنده) دون المجاوزة لأنها انما هي (وسيلة إلى السبب) أي العلة الحقيقية (كأن خروج من البيت) قصد القتال في دار الحرب فإنه وسيلة إلى السبب وحالة الغازي عند ذلك بالاتفاق لا تعتبر فكذلك عند المجاوزة والدليل على أن المعتبر حال القتال تعلق الأحكام به الرجوع إلى استحقاق الغنيمة اتفاقاً فبما إذا قاتل الصبي أو العبد أو غيرهما فإنهم يستحقون الرضخ فظهر اعتباره شريعاً في حق استحقاق الغنيمة وأنه غير متعذر (ولو تعذر أو عسر فبشهود الواقعة لأنه أقرب إلى القتال) من المجاوزة (ولأن المجاوزة نفسها من القتال لأنهم يلحقهم الخوف بها) والاعطاة (والحال بعد ما حال بقاء القتال) إلا أنه تنوع القتال إلى المجاوزة إلى دارهم وسلوا كهاتقراً بالمنعة لاهلاً كههم وإلى حقيقة المسابقة (ولامعتبر بحال الدوام) لأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الواقعة لأنه حال شغل شاغل لكل أحد فيتعذر على الإمام استعلامه بنفسه أو بشهادة العدل به لكل فرد سقط اعتباره بخلافه في حق أفراد قلبية من الناس كقتال الصبي والعبد فادعى في حقهم عليه دون سائر الناس في مقام في حق السبب المفضي إلى القتال ظاهراً مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة وأما ما قيل في التعذر بان الشهادة من أهل العسكر

رحمته تعالى عليه (قوله) والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة) أي مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكينة وعلى كل مدخل من مدخل الروم درب من درو بها كذا في المغرب والمراد من الدرب ههنا البرزخ الخارج بين الدارين أي دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوز الدرب دخل دار الحرب ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا في حدود دار الاسلام وعنده حال انتضاء الحرب وهو تمام الحرب وهذا رواية عن الشافعي رحمه الله تعالى عليه والظاهر من مذهبه أنه يعتبر مجرد شهود الواقعة كذا في النهاية (قوله) وتعلق الأحكام بالقتال الخ) جواب بطريق المنع عن قوائمه لأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر ومن الأحكام ما إذا قتل في القتال سقط سهمه وكذا سقط غسله بالشهادة والعبد انما يرضخ له إذا قاتل أو دل على الطريق (قوله) ولو تعذر أو عسر) يرده ولو سلم بعسر الوقوف تعلق بشهود الواقعة لأنه أقرب إلى القتال قلنا الوقوف على حقيقة القتال متعذر فقد يتحقق القتال في الشاجر والغياب والمضايق وكذا على شهود الواقعة لأنه حال التقاء الصفين وما ذكر من تعليق الأحكام قلنا ذلك في حكم الرضخ والرضخ ليس نظير السهم الأخرى أنه غير مقرر بشئ فلا يستقيم اعتبار السهم بما هو دون كذا في المبسوط (قوله) ولا معتبر بها) بدليل

وإذا كان المجاوزة نفسها قتالاً (لأن القتال اسم لفعل يقع به للعدو وخوفه) ومجاوزة الدرب قهر أو شوكة تحصل لهم الخوف فكان قتالاً وإذا بدأ أصل القتال فارساً لم يتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك لأن ذلك (حالة دوام القتال ولا معتبر بها) لأنه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لأن الفارس لا يمكنه أن يقاوم فارساً دائماً لأنه لا بد له من أن ينزل في بعض المضايق خصوصاً في المشجرة أو في الحصن أو في البحر ونحوه (ولأن الوقوف على حقيقة القتال) واضح على ما ذكرنا

قال المصنف (ولأن المجاوزة نفسها قتالاً) أقول لم يجب عن قول الشافعي وتعلق الأحكام الخ أذ هو إنما يقبل بموجب حديث لم يعتبر بنفس

إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارسا كان أو راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب أو أجزأ أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاورة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجال لأن الأقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاورة القتال فإرساله وباعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا إذا باع في حالة القتال عند البعض والأصح أنه يسقط لأن البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أنه ينتظر عزه (ولا يسهم لمولوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذئب) ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الإمام (إما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني أنه لم يسهم لهم ولأن الجهاد عبادة والذي ليس من أهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه وللهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منه إلا أنه يرضخ لهم تحريرا على القتال مع اظهار انحطاط رتبته والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فممنعه المولى عن الحر وج إلى القتال

قوله (وتوهم عجزه) يحتل  
أن يحجز المكاتب عن أداء  
بدل الكتابة فيعود إلى الرق  
وحيث كان للمولى ولاية  
المنع فيمنع في الحال لوجود  
التوهم

القتال في استحقاق الغنيمة  
فليتأمل

لا تقبل للثمة فليس يصحح بل يجب قبولها لأن الشاهد على أن هذا قاتل فارسا لا يجزأ بذلك نفعا لنفسه بل ضررا فإنه ينقص سهم نفسه فهو يلزم نفسه ألا الضرر وشركته في أصل المغنم ليست متوقعة على شهادته هذه ألا يرى إلى ما في الحديث من قول أبي قتادة من يشهد لي حيث جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل في حين فشده واحدا فاعطاه أياه وقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلة عليه بينة ولا بينة إلا أهل العسكر من القاتلة خصوصاً في غزواته عليه الصلاة والسلام (ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان) أو لشجرة أولاه في سفينة تدخل فيها بفرسه ليقاتل عليها إذا اخلص إلى برهم فلا فوهم قبله واقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان (ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه) وسلمه (أو أجزأه أو رهنه ففي رواية الحسن) يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاورة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لأن الأقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يقصد بالمجاورة (بأنه في القتال) عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة (ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس) بالاتفاق (وكذا إذا باعه حالة القتال) لا يسقط (عند البعض) قال المصنف (الأصح أنه يسقط) لأنه ظهر أن قصده التجارة وإنما ينتظر حالة العزة وعورض بان تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لأن تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن فيبيع فيها دليل أنه عن له غرض الآن فيه ما لانه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك ولأن العادة ليس هو البيع وغيره من العقود وحالة القتال ليكون يبعه إذا ذلك انتظارا للحالة الرغبات في الشراء وفي المحيط لوجاوز بفارس لا يستطيع القتال عليه ليكبره أو وضعفه أو هزأه لا يستحق سهم الفرسان وإن كان الفارس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فارس مغضوب أو مستعاض أو مستأجر ثم استرده المالك فشده الوقعة راجلا فقبضه وإيتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بفارس قصد القتال عليه ترجيح الأولى الآن يزداد في أجزاء السبب بفارس مملوك وهو ممنوع فإنه لو استرده المعبر وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا (قوله ولا يسهم لمولوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذئب) ولكن يرضخ لهم) أي يعطون قليلا من كثير فإن الرخصة هي الإعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دربه (على حسب ما يرى الإمام) وسواء قاتل العبد باذن سيده أو بغير إذنه (والمكاتب كالعبد) لما ذكر في الكتاب وقد استدلل المصنف بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان

أنه لا يعتبر صبر ورته راجلا أو فارسا بعد المجاوزة عندنا وبعد شهود الوقعة أو انقضاء الحرب عند الشافعي وجماعته تعالى عليه على اختلاف الأصول وكذا بالاجماع لا يعتبر بقاء الفارس إلى حال تمام الاستحقاق حتى لو نفق فرسه بعد القتال قبل احراز الغنيمة استحق سهم الفرسان فكان المعبر حال انعقاد السبب ابتداء بخلاف

ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل الخدمة المولى فصار كالمتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تدوى الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذي انما يرضخ له اذا قاتل اودل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا أنه يزداد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

لا يسهل الخ اخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحروري الى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران الغنم هل يقسم لهما فكتب اليه أن ليس لهما شيء الا أن يحذوا في أبي داود عن يزيد بن هرم كتب نجدة الحروري الى ابن عباس يسأله عن النساء هل يكن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنا كتبت كخطاب ابن عباس رضي الله عنهما الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما أن يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن وأخرج أبو داود والترمذي وصححه عن عمر بن مولى أبي النعمان قال شهدت خببر مع سادتي في أن قال فاحسبوا في أولئك فامر لي بشي وأما ما في أبي داود والنسائي عن جدة حشر بن زباد أم أبيه أنها خرجت في غزوة خيبر سادست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث اليها خنثرا فأتاها في وجهه الغضب فقال مع من خرجت وباذن من خرجت فقال يا رسول الله خرجنا فنزل الشعر ونعين في سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول السهام ونسقي السويق فقل فن حتى اذا فزع الله عليه خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال وبه قال الأوزاعي وقال الخطابي اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره أنه لجهالة رافع وحشر من رواه وقال الطحاوي يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام استعطاب أنفس أهل الغنمية وقال غيره يشبهه أنه انما أعطاهن من الخمس الذي هو حقها وهذا يمكن أن يكون كون التشبيه في أصل العطاء وأرادت بالسهم ما خصص به والمعنى خصنا بشي كما فعل بالرجال وانما لم يبلغ بهؤلاء الرجال منهم سهم الرجال ولا بالغارس سهم الفرس لانهم أتباع أصول في التبعية حيث لم يفرض على أحد منهم في غير النفي العادية في غير الصبي وزيد الذي بانه ليس أهله لكون الجهاد عبادة وليس هو من أهلها ومن الأمور الاستحسانية ما اظهر التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبعية والاصل بخلاف السوقي في العسكر والمستأجر لخدمة الغازي اذا قاتلنا حيث يستحقان سهمهما كاملا وتسقط حصته من القتال من أجرة الاجير لانهم ما من أهل فرضه فلم يكونا تبعين في حق الحكم بل في السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنمية قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعي رحمه الله وأجد في قوله وهو ورأيه عن أجسد من أرأيه الانحسار وفي قول للشافعي رحمه الله من خمس الخمس وقال مالك رحمه الله من الخمس (ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل) وكذا الصبي والذي لانهم يقدر ون على القتال اذا فرض الصبي قادر اعليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المرأة فانما تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر ان لم تقاتل لانها عاجزة عنه فأقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة أمانها الثبوت شبهة القتال منها والامان يثبت بالشبهة احتياطية ولا برد اعطاء الذي اذا لم يقاتل بل دل على الطريق لان ذلك ليس رخصا بل بمقام الاجرة ولهذا يزداد على السهم اذا كان عمله ذلك تزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوى في عمل الجهاديين من يصح منه وبوجع عليه ومن لا يبعه الله منه ولا يصح عمله فلذلك (لا يبلغ به السهم) كما ذكره المصنف قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة خوف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الأكثر وأما من يجيز قامة الطرف والمجرور مع وجود المفعول فيجيز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالأكابر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعي رحمه الله وابن المنذر وجاعلة لا يجوزون ذلك لمافي مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلاة والسلام خرج الى بدر فلقه رجل من المشركين يذكر منه امرأة ونجدة فقال له عليه الصلاة والسلام فون الغارس لانه المستحق ولا استحقاق بعد فوات المستحق (قوله والاول ليس من عمله) يعني أن الدلالة

(قوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال) ظاهره واضع عليه بانها لو كانت عاجزة عنها لما سمع أمانها لانه انما يصح من يخاف منه القتال لقدرته على القتال وأوجب بان الامان حصته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل ثبت بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهي ليست بعاجزة عن شبهة القتال بما لها وعبيدها وأما السهم من الغنمية فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهي عاجزة عنها (ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد) فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين (والاول ليس من عمله) أي الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملا كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغامبلغ

(وأما الخس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع إلى أغنيائهم) وقال الشافعي لهم خمس الخس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون ابني هاشم وبني المطلب دون غيرهم

ثومن بالله ورسوله قال: قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث إلى أن قال له في المرة الثالثة نعم قال انطلق وعن حبيب بن اساف قال: أتيت أنا ورجل من قومي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله أنا نسحق أن يشهد قومنا مشرك إلا نشهد معهم فقال: أئسيان فقلنا لا فقال: أنا لا نستعين بالمشركون قال فاستأناوش هدا معاه قال فقلت رجلا وضربني ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدت رجلا وشكك هذا لوشاح فأقول لا عدت رجلا عجل أبال إلى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم بقية معارضة هذه الأحاديث والمذكور في ذلك حديث أبي يوسف رحمه الله أخبرنا الحسن بن عمار عن الحكم بن مقيم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فوضع لهم ولهم أسكن نفقده ابن عمار وهو مضعف وأسد الواندي إلى محبته قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة فزأبهم أهل خيبر رأسهم لهم كسهم من المسلمين ويقال أخذاهم ولم يسهم لهم وأسد الترمذي إلى الزهري قال أسهم عليه الصلاة والسلام لقوم من اليهود فأنلوا معه وهو منقطع وفي سنده ضعف مع ابن يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقناعة شيئا ويقول هي بمنزلة الربيع ولا شك أن هذا لا تقاوم أحاديث المنع في القوة فكيف تعارضها وقال الشافعي رحمه الله رده صلى الله عليه وسلم للمشرك والمشركون كان في غزوة بدر ثم إنه عليه الصلاة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصغوان بن أمية وهو مشرك فالردان كان لاجل أنه يخبر بين أن يستعين به وإن برده كله ردالمسلم لمعنى يخافه فليس واحدا من الحديثين مخالفا لآخر وان كان لاجل أنه مشرك فقد نسخ ما بعده ولا بأس أن يستعان بالمشركون على قتال المشركين إذا خرجوا طوعا أو رخصا لهم ولا يسهم لهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسهم لهم ولعل ردهم من رده في غزوة بدر رجاء أن يسلم (قوله وأما الخس) أي الذي تقدم أنه يخرج به أولا (فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون) على غيرهم لأن غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات وذوى القربى لا تحل لهم هذا رأى الكرخي وسأني رأى الطحاوي أنه يدخل فقراء اليتامى من ذوى القربى في سهم اليتامى المذكورين دون أغنيائهم واليتيم صغير لا أب له والمساكين منهم في سهم المساكين وفقراء أبناء السبيل من ذوى القربى في أبناء السبيل فان قيل فلا فائدة حينئذ في ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقير والمساكين لا ياتم أجيب بأن فائدته دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لأن استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ما ذكر في التأويلات للشيخ أبي منصور لما كان فقرا ذوى القربى يستحقون بالفقير فلا فائدة في ذكرهم في القرآن أجاب بأن أفهام بعض الناس قد تضي إلى أن الفقير منهم لا يستحق لانه من قبل الصدقة ولا تحل لهم وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز كفي الصدقات وقال الشافعي لذوى القربى خمس الخس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم) وبقول الشافعي قال أحمد وعندهما لا الأمر مغرض إلى رأى الإمام أن شاء قسم بينهم وأن شاء أعطى بعضهم دون بعض وإن شاء أعطى غيرهم إن كان أمر غيرهم أهم من أمرهم (ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون ابني هاشم وبني المطلب دون غيرهم) من القربى بان ونحن نوقفه على أن القرابة المرادة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب فالخلاف في دخول الغني من ذوى القربى وعدمه وقال المازني والثوري ليست من الجهاد بخار أن يزدحم على سهم الجهاد ولا يلزم التسوية بينه وبين المسلم ولا كذلك القتال فإنه لا

قال (وأما الخس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم) أي في الأصناف الثلاثة ومعنى هذا الكلام أن أيتام ذوى القربى يدخلون في سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين ذوى القربى يدخلون في سهم المساكين وأبناء السبيل منهم يدخلون في أبناء السبيل وبسبب الاستحقاق في هذه الأصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه يختلف في خمسة من اليتيم والمساكين وتكونه بن السبيل ثم أنهم مصارف لا مستحقون حتى أنه لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز عندنا كافي الصدقات (ولا يدفع إلى أغنيائهم وقال الشافعي رضي الله عنه لهم خمس الخس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون ابني هاشم وبني المطلب دون غيرهم) من بني عبد شمس وبني نوفل

(لقله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير) فيشتركان (ولأن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قسموا الخس على ثلاثة نعو ما قلنا وكفى بهم قدوة) ولم يخالفهم أحد (٣٤٤) فكان اجاعا وقوله (وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم) دليل على انه لم يصرف

لقله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولأن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه الصلاة والسلام يا معشر بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وهو منكم بمنزلة الخس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقهم الفقراء

يستوى فيه الذكر والأنثى ويدفع للقاصي والداني وهو ظاهر اطلاق النص (له اطلاق قوله تعالى ولذي القربى بلا فصل بين الغني والفقير) ولأن الحكم المعلق بوصف يجب أن مبدأ الاشتقاق عنه ولا تفصيل فيها بخلاف اليتامى فانهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فيكون مقيدا بمعنى بخلاف ذوي القربى ثم لا تنتفي مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قربة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة (ولأن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة) ثم انه لم ينكر عاينهم ذلك أحد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجاعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى أبو يوسف عن الكشي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الخس كان يقسم على عهد علي عليه الصلاة والسلام على خمسة أسهم لله والرسول سهم ولذي القربى سهم ولليتامى سهم وللمسكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم أبو بكر وعمر عثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمسكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق قال سألت أبا جعفر يعني محمد بن علي فقلت أرايت علي بن أبي طالب رضي الله عنه حيث ولي العراق وما ولي من أمر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى قال سلك به والله سبيل أبي بكر وعمر فقلت وكيف وأنتم تقولون ما تقولون قال أم والله ما كان أهله يصرون الا عن رأيه قلت فما منعه قال كره والله أن يدعى عليه بخلاف سيرة أبي بكر وعمر وانتهى وكون الخلفاء له اوا ذلك لم يخالف فيه وبه تصر رواية أبي يوسف عن الكشي فان الكشي مضعف عند أهل الحديث الا أنه وافق الناس وانما الشافعي يقول لاجتماع بخلافه أهل البيت وحين ثبت هذا حكمنا بأنه انما انعه لظهور أنه الصواب لانه لم يكن يحل له أن يخالف اجتهاده اجتهادهما وقد علم أنه خالفهما في أشياء لم توافق رأيه كبسع أمهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا أنه رجع الى رأيهما ان كان ثبت عنه أنه كان يرى خلافه وهذا يندفع ما استدلل به الشافعي عن أبي جعفر محمد بن علي قال كان رأيي على في الخس رأي أهل بيته ولا يكن كرهه أن يخالف أبا بكر وعمر قال ولا اجاع بدون أهل البيت لا نأمنع أن فعله كان تقيمه من أب ينسب اليه بخلافهما وكيف وفيه منع المستحقين من حقهم في اعتقده فلم يكن منعه الا رجوعه وظهور الدليل له وكذا ما روى عن ابن عباس من أنه كان يرى ذلك مجعول على أنه كان في الاول كذلك ثم رجع ولئن لم يكن رجع فلاخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم التكبر من أحد أولى فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوي القربى أم لا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو بخلاف الكتاب وأفعله عليه الصلاة والسلام لانه أعطاهم بلا شبهة أجاب على قول الكشي أن الدليل دال على أن السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلاة والسلام يا معشر بني هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ غريب وتقدم في الزكاة وأسند الطبراني في معجمه حديثنا معاذ ابن المنذر حدثنا مسدد حدثنا معتمر بن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال بعثت نوفل بن الحرث ابني الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطما الى عمك لانه يستعين بكما على صدقات فانيا النبي صلى الله عليه وسلم

تجوز فيه الزيادة على السهم لانه حينئذ تلزم المساواة بين المسلم والكافر ولا مساواة بينهم ما

الى أغنيائهم شيء لانه قال (يا بني هاشم ان الله كره لكم غسالة أيدي الناس وأوساخهم وهو منكم منها بخمس الخس والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقهم المعوض وهم الفقراء) يعني ان المعوض وهو الزكاة لا يجوز زندها الى الاغنياء فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا يدفع اليهم لان المعوض انما يثبت في حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث اما ان يكون ثابتا صحيا أولا فان كان الاول وجب أن يقسم الخس على خمسة أسهم وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو بخلافه منكم الحديث الثابت الصحيح وان كان الثاني لا يبع الاستدلال به أجيب بان لهذا الحديث دلالتين احدهما اثبات العوض في المل الذي فات عنه المعوض على ما ذكرنا والثانية جعله على خمسة أسهم ولكن قام الدليل على انتفاء خمسة الخس على خمسة أسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ولم يعم الدليل على تغيير العوض ممن فات عنه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجنازة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حزة سبعين صلاة وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد ولكن يقول للحديث دلالتان فاحدهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا يجمع مقدماته لما أعطاهم النبي عليه الصلاة والسلام وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أعطى بني هاشم وبني المطلب

والنبي  
سبعين صلاة وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد ولكن يقول للحديث دلالتان فاحدهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان ما ذكرتم صحيحا يجمع مقدماته لما أعطاهم النبي عليه الصلاة والسلام وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أعطى بني هاشم وبني المطلب

والنبي عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام قال فقال انهم ان يزوالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه

وسلم فأنه جاءهم فقال لهم لا يحل لأهل البيت من الصدقات شيء ولا غسله الايدي ان لكم في خمس الخس ما يغنيكم ويكفيكم ورواه ابن أبي حاتم في تفسيره حدثنا أبي حدثنا ابراهيم بن مهدي المصيصي حدثنا معتمر بن سليمان به لفظ رغبتم لكم عن غسله أيدي الناس ان لكم من خمس الخس ما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع في عبارة بعض التابعين ثم في كون العوض انما ثبت في حق من ثبت في حقه المعوض من نوع ثم هذا يقتضي أن المراد بقوله تعالى ولذي القربى فقر ذوي القربى فيقتضي اعتقاد استحقاق فقرائهم أو كونهم مصارف مستمرة أو ينافيه اعتقاد حقيقة منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر ماوروا ينالهم لم يعطوا ذوي القربى شيئا من غير استثناء فقرائهم وكذا ينافيه اعطاؤه عليه الصلاة والسلام الاغنياء منهم كل روى أنه أعطى العباس وكان له عشرون تبدا يتجرون وقول المصنف (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة الخ) يدفع هذا السؤال الثاني لكن لوجب عليه المناقضة مع ما قبله لان الخاصل حينئذ أن القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء من تأخر بعده عليه الصلاة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء أن يعطوهم وهو خلاف ما نقائم عنهم انهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة في الثلاثة وبعكروا ما سبوا به في صحيح قول الكرخي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم سبعا مع أنه لم يعرف اعطاء عمر بقيد الفقر مروى بابل المروى في ذلك ما في أبي داود عن سعيد بن المسيب حدثنا جبير بن مطعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبي عبد شمس ولا لبي نوفل من الخس شيئا كما قسم لبي هاشم وبنو المطالب قال وكان أبو بكر يقسم الخس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير أنه لم يكن يعطى قريبي رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطاهم النبي صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه وأخرج أبو داود أضعافا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى سمعت عليا قال اجتمع أمراء العباس وفاطمة وزيد بن حارث عند النبي صلى الله عليه وسلم فنقلت يا رسول الله رأيت أن توليني حقتا من هذا الخس في كتاب الله أقسمه حياتك كى لا ينازعني أحد بعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية أبي بكر حتى كان آخر سنة من سني عمر آناه مال كثير فعزل حقتا من أرساله الى فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين اليه حاجة فأردده عليهم فردده ثم لم يدعني اليه أحد بعد عمر فقلت العباس بعد ما خرجت من عنده فقال يا علي حرمتنا القعدة شيئا لا يرذلنا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الاعطاء بقدر المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر مع أن الحفاظ المنذرى ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم أن أبا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي أنه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب أن يقول عليه علي اعتقاد أن الراشدين لم يعطوا ذوي القربى أن القربى بيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب والالم يجوز لهم منهم بعده عليه الصلاة والسلام وذلك أن ذوي القربى وان قيدت بالنصرة الموازنة في الجاهلية فانهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب أن يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان أنهم مصارف أي أن كلام المذكور من مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كان يعطى تمام الخس لابناء السبيل وان يعطى تمامه لبيتا كذا كرنا من القصة فجاء الراشدين أن يصرفوه الى غيرهم

(قوله علل فقال انهم لم يزوالوا معي) هكذا عن سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الخس يوم خيبر وقسم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبنو المطالب فكلهم عثمان بن عفان وجبير بن مطعم رضي الله تعالى عنهم فالا تنكر فضل بني هاشم كما كانت الذي وضعك الله فيهم ولكن نحن وبنو المطالب في القربى اليك على السواء فبالا لك أعطيتهم وحرمتنا فقال لم يزوالوا معي في الجاهلية والاسلام ومعنى الحديث أن أصل النسب هو عبد مناف وكان له أربعة بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس ورسول الله عليه السلام

أجاب بقوله (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال انهم لم يزوالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه) وقصته ما روى عن جبير بن مطعم أنه لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبنو المطالب وترك بني نوفل وبنو عبد شمس فانطلمت أبا عثمان ابن عفان حتى أمينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا تنكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم فبال اخواننا بني المطالب أعطيتهم وتركنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام انا وبنو المطالب لا نفرق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين أصابعه وأشار الى نصرتهم وإذا كان كذلك

دل على أن المراد من النص قرب النصر لا قرب القرابة قال (فأما ذكر الله تعالى في النسخ فانه لا افتتاح الكلام

خصوصاً وقد رأوا أنهم أغنياء متمولين اذ ذلك ورواوا صرفة الى غيرهم أنفع ونقول مع ذلك ان الفقير منهم مصرف ينبغي أن يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوي أنهم يحرمون لأن فيه معنى الصدقة بمنع كون النسخ كذلك بل هو مال الله لأن الجهاد حقه أضافه اليهم لاحقاً لما لنا دائماً طاعته ليسير وسخاوي يدل على بطلانه أنه عليه الصلاة والسلام صرفه لهم في حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشك على هذا أن مقتضاه كون النسخ من ذوى القربى مصرفاً غير أن الخلفاء لم يعطوهم اختياراً منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه لأنه لو كان النسخ مصرفاً صح الصرف اليه وأجزأ لأن المصرف من بحيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غنى ذوى القربى عندهم كذلك هذا وأما أنه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لأن كونهم مصارف كان للنصرة فلما في أبي داود وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال أخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوى القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك لبني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت أنا وعثمان بن عفان رضي الله عنه حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لأنك ذكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فسابال اخواننا بنى المطلب أعطيتهم وتركنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام أنا بنو المطلب لا نفرق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين أصابعه أشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرته الموائسة والموافقة في الجاهلية فانه ليس اذ ذلك نصر قتال فهو يشير الى دخولهم مع بني الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم ولأن بنيابيعهم ولا بنا كحومهم والقصة في السيرة شهيرة وعن هذا استحققت ذرارهم مع أنهم لا يتأق منهم قتال وشرح قوله قرابتنا واحدة أنه عليه الصلاة والسلام لمحمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجسد أعني عبد مناف له أولاد هاشم الذي من ذريته النبي صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه عليه الصلاة والسلام واحدة فقطضي استحقاق ذوى القربى أن يستحق السكك على قول الشافعي أو يكون فقراء السكك مصارف على قولنا فبين عليه الصلاة والسلام أن المراد القرابة التي تحقق منها تلك النصر السابقة ومنع الراشدين لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل أنهم مصارف ورأوا غيرهم أولى منهم على ما ذكرنا (قوله فاماذ كرا لله تعالى الخ) لما فرغ من بيان ذوى القربى شرع يبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر أن سهمهم وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فان لله خمسة وللرسول ولكذا وكذا ان له سبحانه سهماً كسكك من الاصناف سهم بل ذكر الله تعالى في افتتاح الكلام ليترك به ذكر اسمه تعالى فان لله ما في السموات وما في الارض فسهم الله تعالى ورسوله

كان من أولاد هاشم فانه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم فكان بنو هاشم أولاد جده وجبير بن مطعم كان من بني نوفل وعثمان بن عفان كان من بني عبد شمس وللدجد الانسان أقرب اليه من ولد أخى جده فاما بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا مع بني المطلب في القرابة أسوة وقيل بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا أقرب اليه من بني المطلب لأن نوفلاً وعبد شمس كانا أخوي هاشم لاب وأم والمطلب كان أخا هاشم لبيه لانه لم أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم لبني المطلب ولم يعط لبني نوفل وبني عبد شمس فاشكل ذلك عليهما (قوله دل على أن المراد من النص قرب النصر لا قرب القرابة) وانما أراد نصرته الاجتماع اليه للموائسة في حال ما هجر الناس على ما روى أن الله تعالى لما بعث رسوله من بني هاشم ورأى قريش آثار الخير فيهم حسدوهم وتعاهدوا أن لا يجابوا وبني هاشم ولا يكلموهم حتى يدفعوا اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقبضوه وتعاهد بنو هاشم فيماليهم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخل بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش ودخل بنو المطلب في عهد بني هاشم حتى دخلوا معهم الشعب وكانوا فيه ثلاث سنين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا في المبسوط (قوله فاما ما ذكر الله تعالى في النسخ) وهو قوله تعالى ولعلوا أنما غنمتم من شيء فان

(دل على ان المراد بالنص)  
أعني قوله ولذي القربى  
(قرب النصر لا قرب  
القرابة) والمراد  
نصرة الاجتماع في الشعب  
لانصرة القتال يشير اليه  
قوله لا نفرق في جاهلية ولا  
اسلام ولهذا يصرف للنساء  
والذراري واذا ثبت أن  
النبي صلى الله عليه وسلم  
أعطاهم للنصرة لا للقرابة  
وقد انتهت النصرته انتهى  
الاغواء لان الحكم ينتهي  
بانتهاء علمته قال (فاما ذكر  
الله تعالى في النسخ) لما فرغ  
من بيان وجه سقوط سهم  
ذوى القربى بين وجه سقوط  
ماسوى الثلاثة المذكورة  
في النص فقال فاما ذكر الله  
تعالى في النسخ يعني قوله  
تعالى فان لله خمسة (فانه  
لا افتتاح الكلام



تبر كاذبة وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط المصنف (بالاجماع) لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته (لان الحكم متى ترتب على المشتق فيكون المشتق منه عالة (ولا رسول بعده والصنف شيء كان يصطفيه لنفسه صلى الله عليه وسلم مثل درع أو سيف أو جارية) اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم خيبر (٣٤٧) وقال الشافعي رضي الله عنه بصرف سهم

رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الخلقة والحق عليه ما قدمناه) أنه كان يستحقه برسالته (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا) أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم بالنصرة لا يقال قوله وسهم ذوى القربى وقس مكر واحكاما تعليلا لاننا نقول ما ذكره أولا كان في حين الاستدلال على القسمة على ثلاثة أسهم وهذا نقل لكلام صاحب القدوري قال أي القدوري (وبعد) أي بعد زمنه عليه الصلاة والسلام (بالفقر) قال المصنف (وهذا) أي استحقاقهم بالفقر (قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الاجماع) يعني قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة ولا يظن بهم أنه خفي عليهم النص أو منعوا حق ذوى القربى فكان اجبا عليهم بالا على انه لم يبق استحقاق لأغنيائهم وفقرائهم ومنع الشافعي رضي الله عنه الاجماع

تبر كاذبة وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط المصنف (بالاجماع) لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته (لان الحكم متى ترتب على المشتق فيكون المشتق منه عالة (ولا رسول بعده والصنف شيء كان يصطفيه لنفسه صلى الله عليه وسلم مثل درع أو سيف أو جارية) وقال الشافعي بصرف سهم الرسول الى الخلقة والحق عليه ما قدمناه (وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة) لما روينا قال (وبعد بالفقر) قال العبد الضعيف

واحد وقال أبو العالية سهمهم انه ثابت بصرف الى بناء بيته الكعبة ان كانت قريسة والا فالى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخنس ودفعه بان السلف فسر وبعثوا كرفان هذا التفسير روى عن ابن عباس رضي الله عنه رواه الطبراني في تفسيره عن أبي بكر بن عبد الله بن نونس حدثنا ابن شهاب عن ورقاء بن خنشل عن الضحالك عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قرأ واعلموا انما فتنتم من شيء فان الله خمسة ثم قال فان الله خمسة مفتاح الكلام لله ما في السموات وما في الارض وكذا روى الحارث بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام الله الدنيا والآخرة وفي غير حديث عن ابن عباس رضي الله عنهما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخنس في خمسة فعلى قول هذا القائل تكون في ستة (قوله وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط المصنف) لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصنف شيء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية) قبل القسمة وخارج الخنس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين أتى به على رضي الله عنه بعد أن قتل منها ثم دفعه اليه وكما اصطفى صفية بنت حبي بن الخطيب من غنيمة خيبر رواه أبو داود في سننه عن عائشة والحارث بن محمد (وقال الشافعي رحمه الله بصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخلقة) لانه انما كان يستحقه بامامة لا برسالته قال المصنف (والحق عليه ما قدمناه) أي من أن الخلفاء الراشدين انما قسموا الخنس على ثلاثة فلو كان كاذك لقسموه على أربعة وورقوا سهمهم لانفسهم ولم ينقل ذلك عن أحد وأيضا فهو حكم علق بمشقة وهو الرسول فيكون مبدأ الاستحقاق علة وهو الرسالة وأما قول المصنف وسهم ذوى القربى الخ فقد تقدم ما يغني فيه وقوله (كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا) يعني ما تقدم من حديث جبير بن معمر (وبعد بالفقر) لا يخفى ضعفه فان قوله تعالى ولذى القربى اما أن يراد به القربى المختصة بذلك المرافقة

لله خمسة كان ابن عباس رضي الله عنه يقول سهم الله وسهم الرسول واحد فذكر اسم الله لتبرك ومفتاح الكلام وقال أبو العالية يقسم على ستة أسهم سهمهم الله يصرف الى عمارة الكعبة ان كانت الغنيمة بقرها والى عمارة الجامع في كل بلدة هي باقرب من موضع القسمة لان هذه بقاع مضافة الى الله تعالى وهذا السهم لله فيصرف الى عمارة البقاع المضافة الى الله تعالى (قوله والحق عليه ما قدمناه) وهو أن الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم يشكر عليه أحد دخل محل لاجماع وبه تبين أن قسمة النبي عليه السلام ما كانت بطريق الحتم والازم بل بطريق الجواز لا يظن بهم خلافة عليه السلام بؤيده ما روى عنه عليه السلام سهم ذوى القربى لهم في حال حياتهم وليس لهم بعد مماتهم ولان استحقاقهم كان بالنصرة وقد فاتت وفاته عليه السلام فيعوت الاستحقاق لالا لانه بعد موته بل لعدم علمته وهي النصرة فان قيل لا يجوز أن يعلق الحكم بعين النصرة لثبوت الاستحقاق للنساء والذرائر وايسوا باهل النصرة قلنا ما كانت هذه نصرة قتال وانما كانت نصرة اجتماع اليه في الشعب لا مواساة في

وسنده ما روى عن أبي جعفر محمد بن علي رضي الله عنهم قال كان رأي علي في الخنس رأي أهل بيته ولكن كرهه أن يخالف أباه وكره رضي الله عنهما والاجماع بدون أهل البيت لا ينفع وقد قلنا لا يحل للمجتهد أن يترك رأي نفسه برأي مجتهد آخر احتشامه فان ثبت ما روى ذلك انه كره المخالفة لانه رأى الخيرة معهم فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده (قوله ولان في) أي في سهم ذوى القربى (معنى الصدقة) لان الها شيء الذي يصرف اليه فقير اذ لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه اليه بعد النبي صلى الله عليه وسلم بتفاق الروايات عن أصحابنا فلما كان

فيمعنى الصدقة حرم ذو القربى اياه كحرم الهاشمي الغامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله وقد مر في باب الزكاة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى اهل بيته فهو تام وان كان (٣٤٨) بالنسبة الى الشافعي رضى الله عنه فليس بذلك لان كون المصرف فقير ليس الا في

صحة الله هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الغنيمة منهم ساقط ايضا لما روي عن الامام الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كحرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضى الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع اعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلاثة واذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا من خمس (لان الغنيمة هو المأخوذ فغير او غلبة لا اختلاس وسرقوا الخمس وطبقوا له واحد والاثنان باذن الامام فقيرين وابتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرته بالامداد فصار كل منعة (فان دخلت جماعة اهلها منعة فاخذوا شيئا من خمس وان لم ياذن لهم الامام) لانه مأخوذ فغير او غلبة فكان غنيمة ولا يجب على الامام ان ينصرهم

في الضيق والمؤانسة فيه فتكون المصارف مطلقا في الحياة وبعد الممات واما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك أي في حياته وبعد مماته فليس الوجه فيه اما قدمنا من أنه أريد أن القزاة الناصرة مصارف كغيرهم غير أنه عليه الصلاة والسلام أعطاهم اختيار الاحد الجائزين له لأن الصرف اليهم كان واجبا عليه كما أنه يجوز أن يقتصر على مصرف دون مصرف ثم رأى الخلفاء الراشدون الصرف الى غيرهم وأما فقراؤهم فالاولى أن يعطوا لما قدمناه وما هو الحق في التقرب وانما قال (وقيل هو الصحيح) أي قول الكرخي لان من المشايخ كشمس الأئمة من يرجح قول الطحاوي عليه غير أن توجيهه بان عمر رضى الله عنه اعطى الفقراء منهم فيما تقدم وقوله (والاجماع اعقد على سقوط حق الاغنياء) يريد اجماع الخلفاء الراشدون والافوه يحمل النزاع الى اليوم من العلماء (قوله واذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين الخ) جعله نظرا الى قوله فاخذوا ولا يخفى أن الكلام أيضا في قوله فاخذوا وعك كونه تبعية اعلى أن الثلاثة أيضا مراد أي اذا دخل واحد والاثنان أو ثلاثة بغير اذن الامام (فاخذوا شيئا من خمس) وقد صرح بان الثلاثة كل واحد أو اربعة فيخمس وفي المحيط عن أبي يوسف انه قد را الجماعة التي لا منعة لها بسبعة والتي لها منعة بعشرة ومذهب الشافعي ومالك وأكثر أهل العلم انه يخمس ما أخذه الواحد ثم لا يصلح له مال حربي أخذ فغيره فكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن وأجدر جه الله في روايته عنه نفع أنه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما أخذ فغيرا وغلبة لا اختلاس وسرقا اذا مناصص انما ياخذ بجيلة فكان هذا كتناسبا بما يحا من المباحات كالاختطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما فاسوا عليه من الواحد والاثنان اذا دخلوا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث أذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة أو العشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحميهم عن هوي المسلمين والذين فلم يكونوا مع نصرته الامام متلصحين وكان المأخوذ فغيرا غنيمة وخذله خذلانا اذا ترك نصرته وأسلمه

حال هجرة الناس ومثل هذا يكون للنساء والولدان على أنهم تبع للرجال (قوله هذا الذي ذكره قول الكرخي رحمه الله) وهو أنهم كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة وبعدده بالفقر أي بسقط الاغنياء بعد موته ولا بسقط الفقراء وهو الاصح وقال الطحاوي رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط أيضا (قوله كحرم العمالة) أي اذا كان العامل هاشميا (قوله اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلاثة) أي أي تمام ذوي القربى يدخلون في سهم البنيان ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم المساكين وابن السبيل من ذوي القربى كذلك (قوله فيسروا بيتان) وجه الرواية الاخرى أن من لا منعة له لا يقدر على مغالبة الكفار وقهرهم فالمأخوذ لا يكون غنيمة فلا يخمس ولان الغد لا يسير انما يدخلون لا كتنساب المال لا اعزاز الدين فصاروا كجنار العسكر والله تعالى أعلم بالصواب

حيزا النزاع عند فانه يسوي بين الغني والفقير (وجهه الاول) يعني قول الكرخي (وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضى الله عنه اعطى الفقراء منهم والاجماع اعقد على سقوط حق الاغنياء) يعني اجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كما مر اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلاثة كما تقدم في اول البحث وكرر هذه الزيادة للايضاح وانما قال وقيل هو الاصح لان صاحب المبسوط اختار قول أبي بكر الرازي ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف اليهم مجازاة على النصرة التي كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مختار القدوري كما اشار اليه قوله وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة وقوله (واذا دخل الواحد والاثنان) ظاهره (والمشهور انه يخمس) ظاهره وجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير انما يدخلون لا كتنساب المال للاعزاز الذين فصار كتابا لا يقدر على القهر والغلبة فان قلت

قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فوجب الخمس وجد الاذن أولم يوجد أجيب بان الغنيمة اسم لما هو المأخوذ قهر او غلبة وما أخذ من اللصوص سرقة وما أخذ الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله (وان دخل جماعة لها منعة) المنعة السرية تنقل الناطق عن كلب الخراج لابن شجاع كان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في أرض الحرب للمسلمين لا يخمس

ما أخذ حتى يصبروا تسعة

فاذا بلغوا ذلك فهم سرية

(قوله اذ لو خذلهم أي

تركهم) كان فيه وهن

المسلمين أي ضعفهم

\*(فصل في التنفيل)\*

التنفيل نوع من التصرف

في الغنائم فصل عما قبله

بفصل يقال نفل الامام

الغازي أي أعطاه زائدا

على سهمه بقوله من قتل

قتيلا فله سابه (قوله لا بأس

بان ينفل الامام) يدل على

أن قول من قال كامة لا بأس

تسعمل فيما يكون تركه

أولى ليس بجري على عومه

فان التنفيل قبل احراز

الغنية مستحب لانه تحرر

والغني مستحب لانه تحرر

بقره تعالى يا أيها النسي

حرض المؤمنين على القتال

فان قبل الامر المطلق

لا وجوب فما صارف عنه

الى الاستعجاب بالجواب انه

بعارضه دليل فسمه الغنائم

فأصرف الى الاستعجاب

(قوله من قتل قتيلا)

تسمية الشيء باسم ما يؤل اليه

(قوله ثم قد يكون التنفيل

بما ذكر) يعني التنفيل

بالسب (وقد يكون بغيره)

نحو الذهب والفضة لان

النبي صلى الله عليه وسلم

نفل ابن مسعود يوم بدر

بسيف أبي جهل وكان عليه

فضة (ولا ينبغي للامام ان

ينفل بكل المأخوذ لان فيه

ابطال حق الكل

اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرته  
\*(فصل) في التنفيل قال (ولا بأس بان ينفل الامام في حال القتال ويجوز به على القتال فيقول من  
قتل قتيلا فله سابه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخس) معناه بعد ما رفع الخس لان الخس  
مندوب اليه قال الله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحرر يصح ثم قد يكون التنفيل بما  
ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل

\*(فصل في التنفيل)\* نوع من القسمة فالحقه ما وقدم تلك القسمة لأم باضابط وهذا بلا ضابط لانه الى  
رأى الامام بان ينفل قليلا وكثيرا ونحوهما والتنفيل اعطاء الامام الغارس فوق سهمه وهو من النفل وهو  
الرائد ومنه النافله للرائد على الغرض ويقال لولد الولد كذلك أيضا ويقال نفلته تنفيل ونفله بالتحريف نفلا  
لانه ان فصحتان (قوله ولا بأس بان ينفل الامام) أي يستحب أن ينفل نص عليه في المبسوط وسيد كر  
المصنف انه تحرر يصح والتحرر يصح مندوب اليه به يتأكد ما سلف بان قول من قال لفظ لا بأس انما يقال لما  
تركه أولى ليس على عومه واعلم أن التحرر يصح واجب بالنص المذكور لكنه لا يختص في التنفيل ليكون  
التنفيل واجبا بل يكون بغيره أيضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى فاذا كان التنفيل أحد  
نحوال التحرر يصح كان التنفيل واجبا تخيرا ثم اذا كان هو ادعى الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب  
به ذون غيره مما يسطر به أولى وهو المندوب نصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو  
واجب تخير وأما ما قيل في التنفيل ترجع البعض وتوهين الاخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشئ والا  
حرم التنفيل لاستلزامه حرما وانما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل الاصابة سواء كان  
بسبب المقتول أو غيره وبشكل عليه قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فتابا كان بعد فراغ الحرب في  
حنين (قوله فيقول من قتل قتيلا فله سابه) أو من أصاب شيئا فهو له (أو يقول للسرية قد جعلت لكم  
النصف أو (الربع بعد الخس) أي بعد رفع الخس أما لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد  
الخس أو بالسرية لم يجوز لان فيه ابطال السهمان التي أوجبها الشرع اذ فيه تسوية الغارس بالراجل وكذا  
لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخس لان فيه ابطال الخس الثابت بالنص ذكره في السير الكبير  
وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيئا فهو له لا تخاف الا ان لم يمتدحهم بطلان السهمان الموعودة  
بالسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا أصلا بانتهائه فهو أولى بالباطلان والفرع المذكور من الحوائث  
وبه أيضا ينبغي ما ذكرناه من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا رأى المصلحة فيه وفي زيادة يحاش انما يقين  
وزيادة المغننة ولا ينفل بجميع المأخوذ لان فيه قطع حق الباقيين ومع هذا لو فعل جاز اذا رأى المصلحة فيه ثم  
محل التنفيل الاربعه الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخس وبه قال أحد وعند  
مالك والشافعي رحمهم الله لا يصح الا من الخس لانه المفوض الى رأى الامام وما بقي للغنائم قلنا انما هي حقهم  
بعد الاصابة أما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو ما يصاب لانه كونه مالهم فان  
حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة نعم حق الغنائم فيه ضعيف مادام في دار  
الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بان هجمها العدو ليس له أن ينفل الا من

\*(فصل) في التنفيل (قوله ولا بأس بان ينفل الامام) ذكر بلفظ لا بأس وأنه مستحب ذكر في المبسوط  
ويستحب للامام أن ينفل قبل الاصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتحرر يصح على القتال قال الله تعالى يا أيها  
النبي حرض المؤمنين على القتال فان قيل مطلق الامر للوجوب ولم يجب التنفيل لثاني التنفيل تحرر يصح البعض  
الفرقة مع توهين البعض وتوهين المسلم حرام خصوصا في مثل هذا الوقت ولان التحرر يصح بشئ منهم قد يكون  
ذلك بالتنفيل وقد يكون ذلك بذكر ثواب الاستخوة فلو كان التحرر يصح نفسه واجبا لا يلزم أن يكون التحرر يصح  
حين بالتنفيل واجبا وفي الايضاح ويجوز التنفيل في سائر الاموال من الذهب والفضة وغير ذلك وكذلك

فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا ينقل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام)  
لان حق الغنيمة قدما كدفعه بالاحراز قال (الامن الخمس) لانه لاحق للغنائم في الخمس (واذا لم يجعل السلب  
للقاتل فهو من جهة الغنيمة والقاتل وذير في ذلك سواء) وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من أهل أن

الخمس لانه بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام (قوله لانه لاحق للغنائم في الخمس) أو رد عليه أنه ان لم يكن  
حقا لهم فهو لا مناصف الثلاثة فكلا لا يجوز ابطال حق الغنيمة كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم أوجب انما  
يجوز باعتباره جعل المنقل له من أحد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا  
أنهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام أن يضعه في الغني ويجعل نفلا بهد الاصابة لان الخمس حق  
المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء ابطال حقهم (قوله واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جهة الغنيمة  
والقاتل وغيره سواء) وهو قول مالك (وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من أهل أن يسلمهم) وبه قال  
أحمد اذا قال اذا كان من أهل السهم أو الرضخ بشرط الشافعي الاول قول واحد وله فحين يرضخ له قولان  
أحدهما كقول أحمد والثاني لاسلبه وبشرط أن يقتله مقبلا لا مدبرا وأن لا يرمى سهما الى صف المشركين  
فيصيب واحدا فيقتله لان ذلك ليس غنما كثيرا اذ كل أحد لا يجوز عنه واستدل عليه بما روي الجماعة الا  
النسائي من حديث أبي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى حنين فساقد الى أن قال فقال عليه  
الصلاة والسلام من قتل قتيله عليه بيعة فله سلبه قال فقامت فقلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في  
الثانية فقامت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة فاقصصت عليه القصة يعني قصة قتله للاقيل

يجوز في السلب وغير ذلك نحو أن يقول الامام من قتل قتيله سلبه ومن أصاب شيئا فهو له أو قال ما أصبت  
فلك منه الربع أو النصف الا أنه لا ينبغي للامام أن ينقل بكل الماخوذ ذكر في السير الكبير اذا قال الامام  
لاهل العسكر جيعا ما أصبت فهو لكم فلا بعد الخمس فهذا لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على  
القتل وانما يحصل ذلك اذا انحصر البعض بالتنفيل وأما اذا غلبهم فلا يحصل به ما هو المقصود بالتنفيل وانما في  
هذا ابطال السهمان التي أوجبها رسول الله عليه السلام وابطال تفضيل الغزاة على الرجل وذلك لا يجوز  
وكذا اذا قال ما أصبت فهو لكم ولم يقل بعد الخمس فهذا لا يجوز لان فيه ابطال الخمس الذي أوجبه الله تعالى في  
الغنيمة وابطال الحق بضعاء المسلمين وذلك لا يجوز قال عليه السلام وهل تنصرون وترزقون الا بضعفكم  
والنفل ما ينفل الامام الغازي أي يعطيه وانداعلى سهمه وعن علي بن عيسى رحمه الله أن الغنيمة أعم من  
النفل والفي أعم من الغنيمة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من أموال أهل الشرك (قوله فان فعله مع  
السرية جاز) وفي الميسر فالسرية تعد قليل يسرون بالليل ويكمنون بالنهار والجيش هو الجمع العظيم  
يجيش بعضهم في بعض قال عليه السلام خير الاحباب أربعة وخير السرايا أربعة وخير الجوش أربعة  
آلاف فكان التنفيل للسرية تنفيل بعض الجيش ولهذا اذا بعث سرية عن دار الاسلام لا ينبغي أن تنقل  
السرية ما أصابوا (قوله ولا ينقل بعد احراز الغنيمة الامن الخمس) لانه لاحق للغنائم في الخمس لا يقال فيه ابطال  
حق الاصناف الثلاثة لانه انما جاز هذا باعتبار أن المنقل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن فيه  
حيث ابطال حق الاصناف الثلاثة اذ يجوز صرف الخمس الى أحد الاصناف الثلاثة وذكر الامام شمس الأئمة  
السرخسي رحمه الله في السير الكبير لا بأس بان يعطى الامام الرجل المحتاج اذا أبلى من الخمس ما يغنيه ويجعله  
نفلا بهد الغنيمة لانه مأمور بصرف الخمس الى المحتاجين وهذا محتاج واذا جاز صرفه الى محتاج لم يقاتل فلان  
يجوز صرفه الى محتاج قاتل وأبلى بلا محسنا كان أولى وهذا نظير من وجدوا كازا فرأه الامام محتاجا فصرف  
الخمس اليه جاز وفي الذخيرة لا ينبغي للامام أن يضع ذلك في الغني ويجعله نفلا بهد الاصابة لان الخمس حق  
المحتاجين لاحق الاغنياء فجعله لاغني ابطال حق المحتاجين (قوله وقال الشافعي رحمه الله) آخره يعني أن  
القاتل اذا قتل مشركا على وجه المبارزة وهو مقبل استحق سلبه وان لم ينقله الامام وعندها لا يستحق القاتل

وان فعله مع السرية جاز  
لما ذكر في السير الكبير اذا قال  
الامام للعسكر جيعا ما أصبت  
فهو لكم نفلا بالسوية بعد  
الخمس لا يجوز لان المقصود  
من التنفيل التحريض على  
القتل وانما يحصل ذلك اذا  
انحصر البعض بالتنفيل  
وكذلك اذا قال ما أصبت  
فهو لكم ولم يقل بعد الخمس  
لان فيه ابطال الخمس الذي  
أوجبه الله تعالى في الغنيمة  
وابطال الحق بضعاء المسلمين  
وذلك لا يجوز وقوله (لانه  
لاحق للغنائم في الخمس) فيه  
ظفر فانه ان لم يكن فيه ابطال  
حق الغنائم ففيه ابطال  
حق الاصناف الثلاثة وذلك  
لا يجوز وأوجب بان جوازه  
باعتبار أن المنقل له جعل  
واحدا من الاصناف الثلاثة  
فلم يكن غنة ابطال حقهم اذ  
يجوز صرف الخمس على  
أحد الاصناف لما تقدم  
أنهم مصارف لا مستحقون  
لكن ينبغي أن يكون المنقل  
له الذي جعل واحدا من  
الاصناف الثلاثة فقبح لان  
الخمس حق المحتاجين لاحق  
الاغنياء فجعله لاغني ابطال  
حق المحتاجين وقوله (وقال  
الشافعي رحمه الله عنه) ظاهر

يسلمه وقد قتله مقبلاً لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلاً فله سلبه وإظهار أنه نصب شرع لانه بعثه ولان القاتل مقبلاً أكثر غناء فيخص سلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره ولنا أنه مأخوذ بقوة الجلبش فيكون غنيمة في قسم قسم الغنائم كما ينطق به النص وقال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلاً الا ما طابت به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التثقيب فتحمله على الثاني

فقال رجل من القوم صدق رسول الله وسلب ذلك القتل عندي فارضه من حقه فقل أبو بكر الصديق رضي الله عنه لاه الله اذن لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلاة والسلام صدق فاعطه اياه قال فاعطانيه وأخرج أبو داود في سننه عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافراً فله سلبه فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلاً وأخذوا سلبهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في أنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك وانما السلب أن هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال أو كان تحريضاً بالتثقيب قاله في تلك الواقعة وغيرها يخصها فاعفاه (هو نصب الشرع) لانه هو الاصل في قوله (لانه انما بعث لذلك) وقلنا كونه تنفياً لاهو أيضاً من نصب الشرع والدلالة على أنه على الخصوص واستندل المصنف على ذلك (بانه عليه الصلاة والسلام قال لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلاً الا ما طابت به نفس امامك) فكان دليلاً على أحد محتملي قوله ومن قتل قتيلاً فله سلبه وهو أنه تنقيب في تلك الغزاة لا نصب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث أو حسن لكنه انما رواه الطبراني في معجمه الكبير والوسط بلغ حبيب بن مسلمة أن صاحب قبر صخر خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمرذو يا قوت وأواؤه وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء به معه فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة لا تحرمي رزق الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للامرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعمرو وابن واقد ورواه الحق بن راهويه حدثنا بقة بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جندادة بن أمية قال كنا مع بكر بن بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهرى الى أن قال فجاء بسلبه يحتمل على خمسة أبعال من الديباغ والياقوت والزبرجد فارد حبيب أن يأخذه كما وأبو عبيدة يقول بعضه فقال لحبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلاً فله سلبه قال أبو عبيدة انه لم يقل ذلك للأبوسم معاذ ذلك نأى بأبي عبيدة وحبيب بخاصمه فقل معاذ لا تنقي انه وتأخذ ما طابت به نفس امامك فانما لك ما طابت به نفس امامك وحد ثم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رأيهم على ذلك فاعطوه بعد الخس فباعه حبيب بالف دينار وفيه كثرى مجهول ويخص المصنف أنه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك وسماه حبيب بن أبي سلمة وصوابه حبيب بن مسلمة ولكن قد لا يضر ضعفه فانما انما استأنس به لاحتمل انما نقله روى عنه عليه الصلاة والسلام وقد يتأيد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل أبي جهل يوم بدر فان فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال لعاذ بن عمرو بن الجوح ومعاذ بن عفراء بعد ما رأى سيفيهما كلاهما قتله ثم قضى بسلبه لعاذ بن عمرو بن الجوح وحده ولو كان مستحقاً للقاتل لقضى به لهما الا أن البهري دفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطى منها من شاء وقد قسم لجماعة لم يحضر وانما نزلت آية الغنيمة بعد بدر فتعفى عليه الصلاة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعني

السلب بدون التثقيب (قوله وقد قتله مقبلاً) وهو حال من المفعول لان الشرط عنده كون القتل مقبلاً حتى لو قتل من زمياً أو ناعماً أو مشغولاً بشئ لم يستحق السلب (قوله وما رواه) وهو قوله عليه السلام من قتل قتيلاً فله سلبه يحتمل التثقيب وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون لنصب الشرع اذا قاله بالمدينة في مسجده ولم ينقل أنه قال ذلك الا يوم بدر عند القتال لما اجتأى التحريض وقد كانوا أذلة ويوم حنين حين ولوا من زمين الحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر قال أيضاً من أخذ أسيراً فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التثقيب فكذلك في

وقوله (وما رواه) يحتمل نصب الشرع ويحتمل التثقيب (قوله وهو الظاهر) لان مثل ذلك انما يكون نصب الشرع اذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحينئذ للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من أخذ أسيراً فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التثقيب فكذلك في السلب (فيجعل على الثاني) يعني

قال المصنف (فتحمله على الثاني الخ) أقول فيه بحث

ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال وقد يدعى أنه قال في بدو ارضاعه على ما أخرجه ابن مردويه في تفسيره من طريقه السكبي عن أبي صالح عن ابن عباس وعن عطام بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلاة والسلام يوم بدر من قتل قتيلافله سلمه فهاه أبو اليسر ياسير بن فقال سعد بن عبادة أي رسول الله أما والله ما كان بناجحين عن العدو ولا نحن بالحياة أن نضنع ما صنع اخواننا ولا كناراً ينالك قد أفردت فكرهنا أن ندعك بمضيعة قال فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوزعوا تلك الغنائم بينهم فظهر أنه حيث قاله ليس نصب الشرع لا بد وهو وإن ضعف سندُه فقد ثبت أنه قال يوم بدر من قتل قتيلافله كذا وكذا في أبي داود ولا شك أنه لم يقل باقظ كذا وكذا وانما هو كناية من الراوى عن خصوص ما قاله وقد علمنا أنه لم يكن عنى دراهم أو دنانير فان الحال بذلك غير معتاد ولا الحد يفتضى ذلك لقلتها وأعدوها في غلب على الظن أن ذلك المكنى عنه لا روى هو السلب وما أخذلانه المعتاد أن يحصل في الحرب للقاتل وليس كل ماروى بطريق ضبيعة باطلا فيقع الظن بصحة جعله في بدو السلب للقاتل والمأخوذ ذلك خذ فيجب قبوله غاية الامر أنه تظاهرت به أحاديث ضعيفة على ما يفتيد أن المذكور من قوله من قتل قتيلافله سلمه أنه ليس نصباً عاماً مستمراً والضعيف اذا تعددت طرقه يرتقى الى الحسن فيغلب الظن أنه تفصيل في تلك الوقائع ومما يبين ذلك قصة حديث أبي داود فإنه قال بعد قوله كذا وكذا تقدم الغتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فسخ الله عليهم قال المشيخة كذا ردأ لكم لو انهم زتم قتم البس فلا تذهبوا بالمغنم وبق فأبى الغتيان ذلك وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يمين أن كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والمأخوذ لا خذين وحديث مسلم وأبى داود عن عوف بن مالك الأشجعي دليل ظاهر أنه كحقلنا قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة وموت ورافقني مددى من أهل اليمن فلقيننا جوع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يفرى بالمسلمين وقعدله المددى خلف صخرة فزبه الروى فمركب فرسه فغرد فعلاه وقله وحاز فرسه وسلاحه فلما فسخ الله على المسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الروى قال عوف فأتيت خالداً فقلت له يا خالد أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولا يكى استكثرته قلت لتردنه أو لا عرفتك كما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى أن يعطينه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددى وما فعل خالد فقال عليه الصلاة والسلام يا خالد رد عليه ما أخذت منه قال عوف فقلت دونك يا خالد ألم أف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذلك قال فأخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لرد عليه هل أنتم تاركونى أم اراى لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره ففقيه أمران الاول رد قول من قال انه عليه الصلاة والسلام لم يقل من قتل قتيلافله سلمه الا في حين فان موته كانت قبيل حين وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والآخرة أنه منع خالد من رده بعد ما أمره به فدل ان ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام كان تنغيلاً وأن أمره اياها بذلك كان تنغيلاً طابت نفس الامام له به ولو كان شرعاً لازماً لم يتعمد من مسخقه وقول الخطابي انما منعه أن يرد على عوف سلمه زجر العوف لئلا يهجر الناس على الاثم وخالد كان مجتهداً فاضاد عليه الصلاة والسلام واليسير من الضرر يعمل للكثير من النفع غاطم وذلك لان السلب لم يكن الذي تجرأ هو عوف وانما كان للمددى ولا تزور وزارة وزر أخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان أشد على عوف من منع السلب وأزجر له منه فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحب أولاً لأن يعطى شفاعته للمددى في التفتيل فلم يغضب منه ودشغاعته وذلك يمنع السلب لانه اغضبته وسياسته بجزء يمنع حق آخر لم يقع منه جنابة فهذا ايضا يدل على أنه ليس شرعاً عاماً لازماً وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن تخصيصه بكونه يقتله بمبلا فقال زيادة الغناء (في الجنس الواحد لا تعتبر) موجبة

4

على التمثيل (المارويينا)  
من حديث حبيب بن بن  
أبي -أمة دفعاً للعارض  
وقسوه (وزيادة الغناء)  
جواب عن قوله لأن القاتل  
مقبلاً أكثر غناء

(قوله كذا كرناه) اشارة الى ما تقدم من قوله ولانه تعزرا اعتبار مقدار الزيادة ومن (٢٥٣) قوله لان السكر والغمر من جنس واحد

في فصل كيفية القسمة (قوله لما سر من قبل) اشارة الى ما ذكر في باب الغنائم وقسمته بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم تثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ولم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله (لان التنفيل يثبت به الملك عنده) دليله ان المدلا يشاركونه فيها (كما يثبت بالقسم في دار الحرب) وهو ليس بمقتضى عليه لان من أعتابنا من يقول قسمه الامام لا تعدم المنافع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا كما لم يعتبر ذلك الاختلاف اعدم شهرته وقوله (ووجوب الضمان مرفوع على الابتداء وقوله قد قيل على هذا الاختلاف) خبره وفي بعض النسخ وقد قيل بلوا فيكون معطوفا على قوله الملك أي يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفصل له على من ألتف من الغزاة سلبه الذي أصابه والاول أولى وانما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف وبيان ذلك أن محمدًا ذكر في الزيادة أن المتلف لسلب من نفسه الامام يضمن لان الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة لهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن

كاذ كرناه) والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والاسلحة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيقته أو على وسطه وما عد ذلك فليس يسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس يسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما سر من قبل حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهدى له فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له أن يطأها أو يبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسم في دار الحرب وبالشرع من الحرب ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف والله أعلم

زيادة من انعم لمن قامت به وقوله (كذا كرناه) يعني ما قدمه في أول فصل كيفية القسمة من أنه تعزرا اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج الى شاهد بان اغناء هذا في هذا الحرب أكثر من هذا ولا يكتفي بزيادة شهرة هذا دون ذلك ادلا بعد أن يتفق اغناء من غير المشهور وفي وقت أكثر من المشهور أو يشير الى قوله لان السكر والغمر من جنس واحد (قوله) والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والاسلحة وما معه على الدابة من مال في حقيقته وما على وسطه من ذهب وفضة (وما) سوى ذلك مما (هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس منه) بل حق السكك والحقيقة الزائدة في مؤخر القتب وكل شيء شدته في مؤخره وحل أو قبلك فقد استحقته والشافعي في المنفعة والاطوفي والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيقته قولان أحدهما ليس من السلب وبه قال أحمد والآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد في برده ثم رايان (قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباين) فقط (وأما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما سر من قبل) أي في باب الغنائم من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة الخ (حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهدى له) ومن أصاب شيئا فهو له (فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها) في دار الحرب (وقال محمد له أن يطأها) وهو قول الأئمة الثلاثة لانه اختص بملكها بتنفيل الامام نصار كالتخص بشرائع في دار الحرب أو بعد قسم الامام الغنائم في دار الحرب بمحمد حيث يحل وطؤها بالاجماع بعد الاستبراء بخلاف المتخصص اذا أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لم يحل له وطؤها بالاتفاق لانه ما اختص بملكها لانه لو لحقه جيش المسلمين شاوره فيها وله ما أن سبب الملك في النقل ليس الا القهر كفي الغنية ولا يتم الا بعد الاحراز بدار الاسلام لانه مادام في دار الحرب مقهور ردا أو قاهرا يدا فيكون السبب نابيا في حقه من وجه دون وجه ولا أثر للتنفيل في اثبات القهر بل في قطع حق غيره وأما الملك فانما سببه ما هو السبب في كل الغنية وهو ما ذكرنا بخلاف المشتركة لان سبب الملك العقد والقبض بالراضى لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتخصص لعدم تمام القهر أيضا قبل الاحراز لانه لا يملك لحوق الجيش موهم فلا يعارض الحقيقة واعلم أن كون الملك يتم بالقسم في دار الحرب عند أبي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لانه يجتمع فيه فيتم ما لثمن وقعت في سهمه فيطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتركة وجهه الاظهر في المبسوط عدم الحل فلا يتم القياس عليه لمحمد الا على أحد القولين وقوله (ووجوب الضمان بالاتلاف) ذكره لدفع شبهة ترد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لان محمدًا ذكر في الزيادة أن المتلف لسلب نفسه الامام رجلا يضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغي أن يحل الوطء كذا أيضا بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف فانما يضمن عند محمد خلافا لهما وفي نسخة وقد قيل بالواطء والله الموفق

(قوله لما سر من قبل) وهو ما ذكر في باب الغنائم وقسمته من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة (قوله قد قيل على هذا الاختلاف) يعني اذا ألتف النفل في دار الحرب يجب الضمان على المتلف عند محمد ورحمته تعالى عليه وعندهما لا يجب والله تعالى أعلم بالصواب

يجل الوطء على مذهبهما أيضا بعد الاستبراء فقال في دفع ذلك انه أيضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن والله أعلم

قال المستنف (ومركبه) أقول بالرفع



\*(باب استيلاء الكفار)\*

(واذا غلب الترك على الروم فسيبوههم وأخذوا أموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما بينه ان شاء الله تعالى (فان غلبة على الترك حل لنا من بعدهم من ذلك) اعتبارا بسائر أملاكهم (واذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء محظور وابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتقض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم

\*(باب استيلاء الكفار)\*

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وتقدمه الاول على الثاني ظاهر (قوله واذا غلب الترك على الروم) أي كفار الترك على كفار الروم (فسبوههم وأخذوا أموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق في مال مباح على ما بينه) عن قريب (فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجد من مال) أي مما أخذوه منهم وان كان بيننا وبين الروم موادة لا نملكه فاعلمنا انفسهم انما أخذنا ما لا يخرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادة فاقستلوا فغلبت احدهما كان انما أن نشترى المغنوم من مال الطائفة الاخرى من الغنائم لما ذكرنا في الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط أما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادة فاقستلوا في دارنا لا نشترى من الغالبين شيئا لانهم لم يملكوا لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غيرا بالالتزمين فانه على ملكهم وأما ما اقتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا أو مالا ينبغي أن يقال ان كان بين المأخوذ وبين الآخر قرابة تحرمة كالامية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخر لا يجرى الا ان دانوا بذلك عند الكرخي وان لم يكن فان دانوا بان من قوز آخر ملكه جازا شراء والا (قوله واذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وهو قول مالك وأحمد الآن عند مالك يجرى الاستيلاء على ما أخذوه وابتان كقولنا وكقول مالك فيتفرع على ملكهم أموالنا بالاحراز أن لكل من دخل دار الحرب امان من المسلمين ان يشتري ما أخذوه فيأكله ويأكله الجارية للملكهم كل ذلك (وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء) أي استيلاءهم على أموالنا (محظور وابتداء) هذا لاخذ (وانتهاء) عند صبر ورتها في دارهم لبقاء عصمة المملوك لبقاء سيدها وهو عصمة المالك قال عليه الصلاة والسلام فاذا قالوا هاهنا مملوكي دماءهم وأموالهم الكفار مخاطبون بالحرمان اجماعا (والمحظور لا ينتقض سببا للملك على ما عرف من قاعدته) فصار استيلاء المسلم على مال المسلم واستيلائهم على رقابنا ولان النص دل عليه وهو ما روى الفقيه اوى مسندا الى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فاعلوا المسركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسرنا امرأة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يرجون ابلهم في أفئدتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لاتضع يدها على بعير الا رغا حتى أتت على العضباء فانت على ناقذول فركبتهم ووجهت قبل المدينة ونذرت اثنان يدعز وجل نجاعا عليها التحرنم فلم قدمت عرفت العاقبة فانزلها الى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بنذرهما فقال شمس ما خزيتهما أو فتيقها لوفاء لندرك في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وفي لفظنا فاستناقته ولو كان الكفار

\*(باب استيلاء الكفار)\*

(قوله واذا غلب الترك) أي كفار الترك على الروم أي نصارى الروم (قوله من ذلك) أي من مال أهل الروم الذي استولى عليه الترك (قوله بسائر أملاكهم) الضمير يرجع الى الترك لانهم لم يملكوا مزار كلواهم الاصلية (قوله لان الاستيلاء محظور وابتداء) أي حين أخذوا وانتهاء أي حين أحرزوا وابتدأهم والمحظور لا ينتقض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولا يقال الخطر غير ثابت في حقهم لانهم لا يخطبون بالشرائع لانهم لا يخطبون بالحرمان كالزنا فثبت حرمة هذا الفعل في حقهم والمراد بالمحظور هنا المحظور من وجهه ووجه أما اذا كان محظورا من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه بان

\*(باب استيلاء الكفار)\*

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار أعقبه بذكر حكمه لاشتماله على أحكام مختلفة فكانت حقا يتوجب بابله واقترح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يفتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع الترك والروم جمع الروم أي الرجال المنسوبون الى بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله (حل لنا ما نجد من ذلك) أي مما أخذنا من ترك من أهل الروم لان المأخوذ صار ملكا لا ترك كسائر أموالهم وقوله (لان الاستيلاء محظور وابتداء) أي في دار الاسلام (وانتهاء) أي في دار الحرب بعد الاحراز وقوله (على ما عرف من قاعدة الخصم) ان المحظور

\*(باب استيلاء الكفار)\*

ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينقد سببا للملك دفع الحاجة المكاف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل

على كون بالأحرار ملكة الأحرار لا حرارها إياها والجمهور وأوجه من النقل والمعنى فالأول قوله تعالى لا تقربوا  
 أموالهم فقراءهم فقراءهم من لا يملك شيئا فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التي خلفوها وأحرارها  
 عنها وليس من ملك مالاً وهو في مكان لا يصل إليه فقير أبلي هو مخصوص بابن السبيل وإذا عطفوا عليهم في نص  
 الصدقة وأما ما استدله الشارحون مما في الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام في الغنم أن تنزل غدا  
 بمكة فقال وهل ترك لنا عقيل من منزل وروى أن نزل غدا بدارك فقال وهل ترك لنا عقيل من رباغ وإنما قاله  
 لأن عقيل كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لأن الحديث إنما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر فإن  
 عقيلاً إنما استولى على الربا ببارئته إياها من أبي طالب فإنه توفي وترك علياً وجعفر المسلمين وعقيلاً وطالباً  
 كافراً من فريته لأن الديار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم فلما أحرست ولوا عامها أن الكوفا بالاستيلاء وروى  
 أبو داود في مراسله عن عقيم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة فارتفعها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقام  
 البيعة أنهما وأقام الآخر البيعة أنه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم إن شئت أن تأخذ بالثمن  
 الذي اشتراها به فانت أحق والانفل عن ناقته والمرسل بحجة عندنا وعند أكثر أهل العلم وأخرج الطبراني  
 مسنداً عن عقيم بن طرفة عن جابر بن سمرة في سمرة يابن الزيات مضعف وأخرج الدارقطني ثم البيهقي في  
 سننهما عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذاً المسلمون منهم إن وجدته صاحبه  
 قبيل أن يقسم فهو أحق به وإن وجدته قد قسم فإن شاء أخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمار وأخرج  
 الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في أبي قبل أن يقسم فهو له  
 ومن وجدته بعد ما قسم فليس له شيء وضعف بالحسن بن عبد الله بن أبي فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين  
 وضعفه وأخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعاً من أدرك ماله في أبي قبل أن يقسم فهو له وإن أدركه بعد أن  
 يقسم فهو أحق به بالثمن وفيه باس من ضعف به قال الشافعي واحتجوا أيضاً بأن عمر بن الخطاب قال من أدرك  
 ما أخذ العدو قبيل أن يقسم فهو له وما قسم فلاحق له فيه إلا بالقيمة قال وهذا إنما روي عن الشعبي عن عمر  
 وعن رجاء بن حيوة عن عمر مرسلاً ولا هم الم يدرك عمر وروى الطحاوي بسنده إلى قبيصة بن ذؤيب أن عمر  
 ابن الخطاب قال فيما أخذ المشركون فأصابه المسلمون ففر فصاحبه أي أدركه قبل أن يقسم فهو له وإن  
 جرت فيما أسهم فلا شيء له وروى فيه أيضاً عن أبي عبيدة مثل ذلك وروى بإسناده إلى سليمان بن يسار عن  
 زيد بن ثابت مثله وروى أيضاً بإسناده إلى قتادة عن نخلاس أن علي بن أبي طالب قال من اشترى ما أحرز  
 العدو فهو جائر والحب من يشك بعد هذه الكثرة في نفي أصل هذا الحكم ويدور في ذلك بين تضعيف  
 بالرسالة أو التسليم في بعض الطرق فإن الظاهر لا شك يقع في مثل ذلك أن هذا الحكم ثابت وأن هذا الجمع  
 من علماء المسلمين لم يعتمدوا الكذب ويهدونه وقع غلط لسلك في ذلك وتوافقوا في هذا الغلط بل لا شك أن  
 الراوي الضعيف إذا كثر جبي معني ما رواه يكون مما أجاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط دائماً ولا أن يكون  
 أكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الآيات والحديث من الصحيح وحديث العصابة كان  
 قبل أحرارهم بدار الحرب ألا يرى إلى قوله وكنا إذا نزلوا منزلاً الخ فإنه يفهم أنهم أفاضت ذلك وهم في ريق وأما  
 المعنى فما أشار إليه المصنف بقوله (الاستيلاء ورد على مال مباح) يعني الاستيلاء الكائن بعد الأحرار في حال  
 البقاء ورد على مال مباح (فينقد سبباً للملك كاستيلائنا على أموالهم) فإنه ما من لنا الملك فيه إلا لهذا المعنى  
 (وهذا) أي كونه مباحاً إذاً ذلك (لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل) وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في  
 استولى المسلم على ما من المسلم فإنه غير موجب للملك بالاتفاق ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح أي استيلاء  
 الكفار ورد على مال مباح لأن استيلاءهم على أموالنا إنما يثبت للملك لهم إذا أحرزوها بدارهم والكلام  
 فيه بعد الأحرار بدارهم نزول عصمة صاحبها وبصير مباح التملك فلا يكون أخذهم ذلك المال هدواً لنا كذا  
 في الأسرار (قوله) وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل أي قولنا أن استيلاءهم ورد على مال مباح

ولو بوجه لا ينتهض سبباً  
 للملك كافي البديع القاسد  
 وأما المظنور من كل وجه  
 بأن يكون محظوراً بأصله  
 ووصفه كافي البديع الباطل  
 كالبديع بالنية أو الدم فإنه  
 لا يوجب الملك بالاتفاق  
 (ولنا أن الاستيلاء ورد على  
 مال مباح) وورد الاستيلاء  
 على مال مباح (ينقد سبباً  
 للملك دفع الحاجة المكاف  
 كاستيلائنا على أموالهم)  
 وقوله (وهذا) إشارة إلى أن  
 الاستيلاء ورد على مال مباح  
 ويانه أن العصمة في  
 المال لكل من تثبت له من  
 المسلم والكافر إنما تثبت  
 على منافاة الدليل فإن الدليل  
 وهو قوله تعالى هو الذي  
 خلق لكم ما في الأرض جميعاً  
 يقتضى أن لا يكون مال  
 مأمعصوماً لشخص ما وإنما  
 تثبت العصمة

(الضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا (٢٥٦) زالت المكنة بالاستيلاء (عادمها كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالاحراز

ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عادمها كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً وما لا والمحظور وغيره اذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما طنك بالملك العاجل

الارض جميعا فانه يقتضى اباحة الاموال بكل حال وانما تثبت (ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة) من الانتفاع (عادمها) وزوالها على التحقيق واليقين ببقاء الدارين فان الاحراز حينئذ يكون تاماً وهو (الاقتدار على المحل حالاً وما لا) بالادخار الى وقت حاجته بخلاف أهل البغي اذا حازوا أموالهم لا تزول أملاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجهه فلا يزول الملك بالشك ثم أجاب عن قوله المحظور لا يصلح سبباً للمالك فقال ذلك في المحظور لنفسه (أما المحظور وغيره فلا ناو جب دناه صلح سبباً لكرامة تفوق الملك وهو الثواب) كفاي الصلاة في الارض المغصوبة (فما طنك بالملك الديني) والعقاس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانهم ليست مالاً وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز نزيل الملك على ما ذكرنا في الباغى وأورد عليه أن العصمة ان زالت بالاحراز بداهم لا يكون الاستيلاء محظوراً المحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم تصر ملكاً لهم وأجيب بان العصمة المؤتممة باقية لانها بالاسلام والمقومة زالت لانها بالدار وقد يقال ان كان الملك زال تبعاً لزال القيمة صار باحوا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثاني فالدار اباحة وعدمها ثم الوجه أن لا حاجة الى اثبات انه محظور وغيره وذلك لان الاستيلاء ان أو يديه ابتداء الاخذ أو ادخاله في دار الحرب يجب كونه قبضاً عينيه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف كذا أو: وفي الأصول على كون الغصب يقيد بالملك ذلك أجيب بان المقيد له هو الغنم على ما في توجيهه من الكلام بل نقول ليس الاستيلاء الاول سبباً لملكه ولا الادخال الى

لان العصمة في المال لكل من ثبت من مسلم أو كافر انما ثبت على خلاف الدليل فان الدليل يقتضى أن لا يكون المال معصوماً لاحدا قوله تعالى خلق لكم في الارض جميعاً الا أن العصمة انما تثبت لمن اختص هو به بسبب من الاسباب من شراء أو ارب أو غيرهما لا يمكن من الانتفاع به اذ لو لم يكن مخصوصاً هو بالعصمة نازعه آخر في الانتفاع فلما زال تمكنه من الانتفاع بسبب احرازهم بدار الحرب ولم يبق ما وجب عصمته وهو تمكن المالك من الانتفاع عاد المال بما كما يقتضيه الدليل فصار بمنزلة الصيد والحشيش ثم لما وقع استيلائهم عليه في هذه الحالة كان استيلائهم على مال مباح فلو جيب الملك ايم وعن هذا وقع الفرق بين أموالنا ورقابنا فان الرقاب كلها تخاقح لالملك في الاصل وانما تثبت المحلية بعراض الكفر وليس في رقابنا ذلك فلذلك لا يملكون احرازنا وان حازوا احرازهم بداهم (قوله عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً وما لا) يعني أن الكفار اذا استولوا على أموال المسلمين فهم ماداموا في دار الاسلام ان اقتدر واعطيا حالاً لم يقتدر وأما لا لان الظاهر أن المسلمين يغلبون عليهم وياخذون الاموال وأما اذا حازوا وها بدار الحرب فقد اقتدر واعطيا حالاً ولا لأنقطاع ولاية المسلمين فان قيل كيف يملكون أموالنا بالاستيلاء وقد قال تعالى وان يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً والهلاك بالقهر من أقوى جهات السبيل قلنا النص تناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء وحق الاسترداد للمالك القديم لا يدل على قيام الملك فالواهب يرجع في هبته ويعيد الى قديم ملكه مع زوال ملكه وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وقوله في الهداية لان العصمة تثبت على منقاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عادمها كما كان مشكلاً لنا اذا غلبنا على أموال أهل البغي وأحرزنا بدارنا لم نملكها مع زوال المكنة الآن يقال أراد به زوال المكنة بالاحراز بدار الحرب ثم أصل الدار واحد وهي بحكم الديانة مختلفة فقبت العصمة من وجهه دون وجهه فلم يثبت الملك بالشك بخلاف أهل الحرب لان انداز مختلفا للمعتمنة متباينة من كل وجه فطلت العصمة لنا في حقهم ولهم في حقنا من كل وجه (قوله والمحظور وغيره اذا صلح سبباً لالخ) جواب عن قول الخصم انه محظور قلنا نعم هو

بالدار لانه) أي لان الاستيلاء (عبارة عن الاقتدار على المحل حالاً وما لا) والكفار ماداموا في دار الاسلام اقتدر واعطوا على المحل حالاً وانما يقتدرون عليه ما لا بالاحراز لانهم ماداموا في دارنا فهم مقهورون بالدار والاسترداد بالنصرة محتمل وقوله (والمحظور وغيره) جواب عن قول الخصم ان الاستيلاء محظور وتقر به سلمنا أنه محظور لكنه محظور لغيبه مباح في نفسه على ما ذكرنا والمحظور وغيره) اذا صلح سبباً لكرامة تفوق الملك) كاصلة في الارض المغصوبة فانه يصلح سبباً لاستحقاق أدلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلان تصلي سبباً للملك في الدنيا أولى فان قيل لو ثبت الملك للكافر بالاستيلاء على مال المسلم لما ثبت ولاية الاسترداد للمالك القديم من الغازي الذي

قال المصنف (والمحظور وغيره اذا صلح الخ) أقول قال في الكافي هذا مشكلاً لان العصمة لا تتخلو ما زالت بالاحراز بداهم أو لم تزل فان زالت لم يكن الاستيلاء محظوراً لما مر وان لم تزل لا يصير ملكاً كافي مسئلة البغاة الآن يقال العصمة المؤتممة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها باداراهم ولأن نقول انه جواب على التنزل والتسليم (قوله كالصلاة في الارض المغصوبة الخ) أقول يخالف في كتب الأصول

(فان ظهر عليها المسلمون فوجدوها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا) اقول عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظر الله الآن في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بآراء ملكه الخاص فيأخذها بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فبدأ أخذها بغير قيمة (وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجها الى دار الاسلام فالكه الاول بالخيار ان شاء أخذها بالثمن الذي اشتراه به وان شاء تركه) لانه يتضرر بالاخذ مجانا ألا ترى أنه قد دفع العرض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض يأخذها بقيمة العرض

وقع في قسمته أو من الذي  
اشترى من أهل الحرب  
بدون رضا الغازي أوجب  
بان بقاء حق الاسترداد  
لحق المالك القديم لا يدل  
على قيام الملك للمالك القديم  
ألا ترى ان الواهب الرجوع  
في الهبة والاعادة الى قديم  
ملكه بدون رضا الموهوب  
له مع زال ملك الواهب في  
الحال وكذا الشفيع يأخذ  
الدار من المشتري بحق  
الشفعة بدون رضا المشتري  
مع ثبوت الملك ونسوه  
(فان ظهر عليها المسلمون)  
واضح

دار الحرب بل الادخال سبب زوال إمكانية الانتفاع وزوال إمكانية الانتفاع سبب الاباحة وهو لا يتصف بحل ولا حرمة لانه ليس من الاعمال التي تستلزم الاستيلاء الكائن في البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرّم لانه على مال مباح واباحته مسببة عما ليس بمحرّم وهو زوال إمكانية فاما الاخذ وما يليه فاسباب اغتير ذلك مما ذكرناه فكان الوجه منع أن سبب الملك هنا محظور لنفسه أو غيره بل هو أمر مباح والسبب البعيد لا يؤثر في السبب الاخير لانه مسبب عن غيره على ما عرف من أن العلة البعيدة لا أثر لها في المعلوم بخلاف الغيب فانه لا يستعقب اباحة أصلا وقول بعضهم في انتقار بولان تسليم أن الاستيلاء ورد على مال محظور ومعصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبعده ارتفعت العصمة فورد على مال مباح كمال المسلم ثم اذا لم يهاجر اليها يقتضى أن ماله مباح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير العقار على الخلاف المتقدم وسببه أنه ليس في يده بل يكفي المنع بان يقال لا تسلم أنه محظور لانه ورد على مال مباح الخ (قوله فان ظهر عليها المسلمون فوجدوها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء) وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا القوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته الخ) وتقدم الكلام في الحديث ونظائره فان قيل أخذها قبل القسمة اذا كان حكما لا زما يقتضى قيام ملكه أوجب بالمنع فان الواهب له أن يأخذ ما وهبه به بعد زوال ملكه عنه شرعا وكذا الشفيع يقدم على المالك المشتري في الاخذ ولا ماله وحاصله أن في الشرع صور يقدم فيها غير المالك على المالك كما أن يترك فلان يقدم غير المالك على غير المالك أولى وهو ما ذكرناه فان لا ملك لاحد في المغنوم قبل القسمة فغير ضرورة القوي بضرر يسير فان الشركة أولا في الحق دون الملك وانما هي شركة عامة فيخفى ضرر كل واحد خفة كثيرة وصورة الشفيع شبهة أخذها بالقيمة بعد القسمة لتقدمه في اثبات ملك منتف بازالة ملك موجود بالثمن دفع الضرر الجوار والخلطه مع دفع ضرر اتلاف مال الآخر وأشبهه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك زائل يعوض بقدره وهي المسئلة التي ذكرناها وهذا ان الشارع لما لم يزل الملك الخاص الحادث للغازي في مقابلة غناه حصل له بمقابلة مال بذله ليعتدل النظر ويخفف الضرر من الجانبين فلا تترك له برفع ملك حصل بعوض باحداث ملك الا بعوض ليعتدل من الجانبين أولى (ولو) أن التاجر (اشترى بعرض يأخذها بقيمة العرض) هذا ولو ترك أخذها بعد العلم بشرائها وأخرجها من دار الحرب زمانا

محظور الا أنه محظور لغيره ومباح في نفسه لانه سبب لاقامة المصالح والمحظور لغيره لا يمنع السبب عن كونه سببا للمالك كالبيع وقت النداء ودل عليه أن المحظور بغيره وهو الصلاة في الارض المغصوبة يصلح سببا لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب في الآخرة فلان يصلح سببا للمالك في الدنيا أولى وفي الكافي وقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا للكرامة تفوق المالك وهو الثواب الاجل أي اذا صلى في أرض مغصوبة فطأ طئك بالعاجل مشكلا أيضا لان العصمة لا تخلو ما أن زالت بالاحراز بداهم أولم تزل فان زالت لا يكون الاستيلاء محظورا لما سروا لم تزل لا يصير ملكا كفاي مسئلة البغاة اذا ان يقال العصمة المؤتممة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار (قوله فوجدوها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء) أي وان أحرزها الغانمون

وقوله (لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة) قبل عليه بأن الملك ثبت للموهوب له بحاجته فلا يتضرر بالاختصاص منه بحاجته لا بخلاف ما ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لأن هذا الحق إنما عين له بأزما انقطع من حقه عما في أيدي الباقيين وأوجب بان الملك ههنا أيضا ثبت بالعوض معنى لما أن المكافاة مقصودة في الهبة وإن لم تكن مشروطة (٢٥٨) فجعل ذلك معتبرا في إثبات حقه في القيمة وقوله (ولو كان مغنوما) يعني لو كان ما أخذ.

ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمة لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مولى يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لأن الاختصاص بالمثل غير مفيد وكذا إذا كان موهوبا لا يأخذه لما ينشأ وكذا إذا كان مشترى بمثله قدر أو وصفا قال (فإن أسير وأعيد فاشتره رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقت عنه وأخذ أرضها فإن المولى يأخذ بالثمن الذي أخذه من العدو) أما الاختصاص بالثمن فلما قلنا (ولا يأخذ الأرض) لأن الملك فيه صحيح فلو أخذ

طويلا له أن يأخذه بعده في ظاهر الرواية وفي رواية ابن سماعة عن محمد ليس له كالشفيع إذا لم يطلب الشفعة بعده بالبيع والظاهر هو الأول (ولو وهبوه لمسلم يأخذه ما ملكه بقيمة لأنه ثبت له ملك خاص) في مقابلة ما كالمال أو أنقل من المائتة إذ المال ثابت معنى لأن المكافاة مطلوبة والظاهر إيقاعها (فلا يزال إلا بالقيمة) وقد يمنع هذا الرجوع ولو كان ما أخذ الكفار من مال المسلم مثليا كالدرهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذ المسلم قبل القسمة بغير ثمن ولا يأخذه بعده لأنه لا فائدة فيه (لأن أخذته بالمثل غير مفيد وكذا إذا كان المثل (موهوبا) من الكافر لا يخرج له ليس فيه المثل وهو غير مفيد لما قلنا (وكذا إذا كان) الذي أخذ من الكفار (مشتري بمثله قدر أو وصفا) ليس لصاحبه القديم أن يأخذه لأنه غير مفيد وقيد بقوله قدر أو وصفا لأنه لو اشتراه المشتري بأقل قدر أو منه أو بجنسه أو أحسن قال له أن يأخذه بمثل ما أعطى المشتري منهم (فرع) \* اختلف المولى والمشتري من سهم في قدر الثمن القول قول المشتري مع غنمه لأنه إنما يملك عليه ما له بما يقره به كالشترى مع الشفيع إذا اختلفا في الثمن الآن يقيم المالك الهبة أنه اشتراه بأقل فيثبت ذلك (قوله) فإن أسير وأعيد فاشتره رجل فأخرجه إلى دار الإسلام ففقت عنه وأخذ أرضها فإن المولى يأخذ بالثمن الذي أخذه من العدو ولا يأخذ الأرض لأن ملكه فيه صحيح) لأنه أخذ بدل ملك صحيح كالقول العبد بخلاف المشتري شراء فاسد ادعى ما سئذ ذكر (فلو أخذ) أي الأرض

بدار الإسلام وذكر في الإيضاح فاما إذا وجد قبل القسمة فكان ينبغي أن يأخذ بالقيمة أيضا لأن حق الجماعة متعلق به وقد استحكم هذا بالأحرار بدار الإسلام ألا ترى أنه لو أثلف أناس شيئا من الغنيمه قبل القسمة يضمن إلا أن أثار كناهذا الأصل لحديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما فإنه روى عنه أن المشركين غلبوا على بعير لرجل ثم ظهر المسلمون عليه فسال النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ان وجدته قبل القسمة الحديث (قوله) ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمة) فإن قبل هذا الملك ثبت للموهوب له بغير عوض بخلاف ما وثبت لاحد الغزاة بالقسمة لأن هذا الحق إنما عين له بأزما انقطع من حقه عما في أيدي الغائبين قلنا ههنا أيضا يثبت له هذا الملك بعوض معنى لما أن المكافاة مقصودة في الهبة وإن لم تكن مشروطة فجعل ذلك المعنى معتبرا في إثبات حقه في القيمة إلى هذا أشار في المبسوط (قوله) لما بيننا) إشارة إلى قوله لأن الاختصاص بالمثل غير مفيد (قوله) وكذا إذا كان مشترى بمثله قدر أو وصفا) ولو اشتراه المسلم بأقل قدر أو منه أو بجنسه أو أحسن أو بجنسه ولكن أردأ منه وصفا فله أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري وقال في الإيضاح الآن يكون اشتراه منهم بخلاف جنسه فيكون الاختصاص مفيدا وكذلك لو اشتراه بجنسه بأقل منه فله أن يأخذه بمثل ما اشتري ولا يكون هذا بالانه إنما قدى ليس يخلص ملكه ويعيده إلى قديم ملكه (قوله) أما الاختصاص بالثمن فلما قلنا) وهو قوله لأنه يتضرر بالاختصاص (قوله) لأن الملك فيه صحيح) بدليل حل الوطء للمشتري من الكافر واحترزه عن

الكفار من المسلمين مغنوما أي مأخوذا بالقبور والغلبة (وهو مثلي) كالذهب والفضة والحنطة والشعير (يأخذه قبل القسمة) ولا يأخذه بعدها (لأن الاختصاص بالمثل غير مفيد وكذلك إذا كان موهوبا لا يأخذه لما ينشأ) أن الاختصاص بالمثل غير مفيد (وكذا إذا كان مشترى بمثله قدر أو وصفا) يعني إذا كان ما أخذ الكفار من المسلمين مثليا فاشتره من مسلم بمثله قدر أو وصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له أن يأخذه منه لأنه غير مفيد وإنما قد بقوله قدر أو وصفا احترازاً عما لو اشتراه المسلم بأقل قدر أو منه أو بجنسه أو أحسن أو بجنسه ولكن أردأ منه وصفا فإن له أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري ولا يكون ذلك بالانه إنما قدى ليس يخلص ملكه ويعيده إلى قديم ملكه لأنه بشر به ابتداء قال (فإن أسير وأعيد) إذا أخذ الكفار عبد أو دخلوا به دار الحرب فاشتره رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقت عنه وأخذ أرضها فإن المولى يأخذ بالثمن الذي أخذ من العدو أما الاختصاص

بالثمن فلما قلنا) أن المشتري يتضرر بالاختصاص (ولا يأخذ الأرض لأن الملك فيه صحيح) فمكان الأرض حاصل في أخذ ملكه وليس فيه الاعادة إلى قديم الملك حتى يكون المولى أحق به كالفقير ومع هذا لو أخذ فاما يأخذه بمثله لأن الأرض دراهم أو دنانير وهو لا يفيد وقوله (لأن الملك فيه صحيح) احتراز عن المشتري شراء فاسد فان الأوصاف هناك مضمونة

(قوله) وليس فيه الاعادة إلى قديم الملك) أقول إذا ملك فيه قديما

(ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) واستشكل هذا التعليل ههنا لان الاوصاف انما لا يقابلها شيء من الثمن اذ لم يصير بالتنازل مقصودا الا ترى انه لو اشترى عبدا نفقت عنه واخذ الارش ثم قصد بيعه مراحبة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتنازل بخلاف ما اذا عورث وأجاب بعضهم بانه انما يحط (٢٥٩) في المراجعة للشبهة لانه صار كله اشترى شيئين

بالب ثم باع أحدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الاخر مراحبة لانه اشترى مراحبة بالحقيقة في باب المراجعة تجوزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشبهة فان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فيها حتى لو اشترى شيئا من الدار سقط حصته من الثمن لان المشتري في الذي وجبت الشفعة فيه بمنزلة شراء المشتري شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد ولا واصل تضمن في المشتري شراء فاسدا كافي الغصب فان من غصب جارية فذهب إحدى عينيه ضمن نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر ههنا بمنزلة المشتري شراء فاسدا في المعنى المذكور وهو وجوب الرد لأجيب بان الحاق مسألة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا من حيث وجوب الرد الى الشفعة ومن حيث وجوب عرص البائع الدار على الجار أولا ثم البيع ان رغب عنه الجار فاذ لم يذهل ذلك ما زال ملكه وهما صار كتمكين الفاسد في العقد ولا كذلك بيع الكافر من

أخذه بمنزلة وهو لا يقيد ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفة لما تحولت الى الشفعة صار المشتري في يد المشتري بمنزلة المشتري شراء فاسدا

(أخذه بمنزلة) دراهم أو دنانير وعلمت انه لا يقيد ولو أخذ من زيادة أو نقصان ولو كانت أمة فباعها بالغنم بالب فوالت في يد المشتري وماتت فاراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بالب وعند محمد حصته منها وذلك بان يقسم الالف على قبة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الأخذ فأصاب كلا فهو حصته من الالف (لا يحط شيء من الثمن) بما نقص من عينه (لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) بما نقص من عين العبد والعين كلوصف لانها يحصل بها وصف الابصار وقد فانت في ملك صحيح فلا يقابلها شيء من الثمن فلا يسقط بغوايتها شيء منه وانما لم يقابل شيء من الثمن لوصف لانه تابع وبغوايته لا يسقط شيء من الثمن ولهذا لو ظهر في المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفي عنه عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيئا يقابلته الا ترى انه لو اشترى عبدا فذهب يده أو عينه قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن والعقر كالارض واستشكل بان الوصف انما يقابلها شيء من الثمن اذ لم يصير مقصودا بالتنازل أما اذا صار فله حظ من الثمن كالأشترى عبدا ففقت عينه ثم باعه مراحبة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو عورث في بدو باقة مساوية لا يحط بل راجع على كل الثمن وكذا في الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع فيه فعمل قصدي فويل لبعض الثمن كالأشترى عبدا ففقت شخص بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفعة حصته ولو فلت باقة مساوية كان جف شجر البستان ونحوه لا يقابلها شيء من الثمن وهذا أورد على اطلاق قوله بخلاف الشفعة لان ذلك في القصدي أما في غيره فالشفعة والمسألة التي نحن فيها سواء وأجيب بان الوصف انما يقابلها بعض الثمن عند مبرورته مقصودا بالتنازل في المالك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسألة المراجعة لانها مبنية على الامانة دون الخيانة ولا الشبهة حكم الحقيقة فيها والمالك في الشفعة للمشتري كالفاسد من حيث وجوب تحويله اليه ما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لان الاوصاف تضمن فيه أي في البيع الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالاصل في تقوم الصفات هو الغصب وانما لم يرد ذلك مراعاة لحق المالك ومبالغته في دفع الظالم والبيع الفاسد دون ذلك لتحقيق التراضي فيه من الجانبين غير أن الشرع أهدر تراخيهما في حق الحل وطالب رد كل منهما بدله الى الآخر وفي الكافي ولان الأخذ للمالك القديم مع ثبوت المالك الصحيح للمشتري من العدول ثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله ان شاء أخذه بالثمن وهو اسم للسك فلا يحط عنه هذا ولو انه فقت عينه عند الغرض المقسوم له فاخذ قيمته وسلمه للفاقي فالحال الاول أخذه من الفاقي بقيمته أعنى عند أبي حنيفة وقالا بقيمته سلمها وهي التي أعطاهما

المشتري شراء فاسدا فان الاوصاف هنالك مضمونة (قوله لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن) قيل فيه نظر لان الوصف انما لا يقابل شيء من الثمن اذ لم يصير مقصودا بالتنازل الا ترى انه لو اشترى عبدا نفقت عنه ثم باعه مراحبة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتنازل كذا في الفوائد الظهيرية وذكر الخبازي رحمه الله تعالى فان قيل الوصف انما لا يقابل شيء من الثمن اذ لم يصير مقصودا بالاتلاف الا ترى ان في مسألة المراجعة لو فاع عينه انسان أو فاعها بنفسه ثم باعه مراحبة من غير بيان ثم علم المشتري بذلك يحط قسطها من الثمن فكذلك ينبغي أن يحط من ثمن العبد قدر الارش قلنا المالك يمكن للمالك القديم حق الأخذ

التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قيل في مسألة الشفعة أيضا: كل هلاك بعض المشتري باقة منه ولا يقابل الاوصاف شيء من الثمن فلم تكن مخالفة لمسألة التاجر وأجيب بان مخالفة في صورة العمد فان التاجر اذا فاق عين الجارية لا يلزمه حط شيء من الثمن بخلاف ما اذا (قوله) أجيب بان الحاق مسألة الشفعة الخ) أقول وحقيقة الفرق أن وجوب الرد في الشفعة يسري الى أول البيع بخلاف شراء التاجر فان وجوب الرد يتقرر عند طلبه (قوله فلم تكن مخالفة الخ) أقول فلا يصح قوله بخلاف الشفعة

والاوصاف تضمن فيه كافي الغصب اما ههنا انك صحيح فافترا وان أسر واعبدا فاشتراه رجل بالف درهم قاسروه نانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول أن يأخذه من الثاني بالثمن (لان الاسر ما ورد على ملكه) (وللمشتري الاول أن يأخذه من الثاني بالثمن) لان الاسر ورد على ملكه (ثم يأخذه المالك القديم بالعين ان شاء) لانه قام عليه بالثمن فيأخذه به ما وكذا اذا كان الماسور

الغاني للمولى لهما انه فوت وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه وله أنه طرف وهو موصوف وهو كفوات بعض الاصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الام وهذا ينقض مسئلة الهداية بل الوجه وهو الفرق أن فوت العارف هنا بفعل الذي ملكه باختياره فكان بمنزلة ما لو اشتراه سلبا ثم قطع طرفه باختياره فكان واضيا بنية صبه بخلاف مسئلة الكتاب لان الغاني غيره بغير رضاه \* (فرع) \* أسر واجارية وأحرزوها ثم ظهر المسلمون عليهم فوقعت في سهم غانم فباعها بالف فولدت في يد المشتري وماتت فاراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبي يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصة من الالف وذلك بان يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الأخذ فاصاب كلا فهو حصته (قوله وان أسروا) أي الكفار (عبدا) لمسلم (فاشتره رجل) منهم (بالف درهم قاسروه نانيا) وأدخلوه دار الحرب فاشتره رجل آخر بالف ليس للمولى الاول) وهو الماسور منه أولا (أن يأخذه من الثاني) وكذا لو كان الثاني غائبا كما سيذكر (لان الاسر ما ورد على ملكه) بل على الثاني فانما ثبت حق أخذه للمشتري الاول حتى لو أبى ان يأخذه لم يلزم المشتري الثاني اعطاه للمولى الاول ولو كان المشتري الاول وهب له أخذه مولا من الموهوب له بقيته كولو وهبته الكافر لمسلم ثم أخذ أخذه المشتري الاول من المشتري الثاني بالف فاراد المولى ان يأخذه من المشتري الاول أخذه باقن لانه قام عليه بذلك وهو وان تضرر بذلك ففي مقابلة العبد الذي غرضه فيه بخلاف ما لو أخذه بالف فانه يغوث الالف الاخرى على المشتري الاول بلا عوض أصلا \* (فرع) \* لو باع المشتري من العدو والعبد من غيره أخذ المالك القديم من الثاني بالثمن الذي

الارض لما بينا صار في حقه بمنزلة الغائب لا بمنزلة المتلف بخلاف مسئلة المباحة لانه متلف حقيقة ولو كان له قسط من الثمن حقيقة بان يكون شينين حقيقة ليس له أن يرجع على غير العين الذي أخذ ارشها لان الشبهة في المراجعة ملحة بالحقيقة فاما هنا حق الأخذ في العين بالنص بخلاف القياس فكيف يلحق بها البسذل وعن محمد رحمه الله أن المولى يسقط عنه حصة الارش من الغداء كالشفيع فانه يأخذ بالحصة ان اسلمت آ خر شيئا من البناء والفرق على الظاهر أن الصفة اذا تحولت الى الشفيع صار المشتري في المشتري كالمشتري شراء فاسدا من حيث أن كل واحد من القبض واجب النقص كرها لحق الشرع (قوله والاوصاف تضمن فيه كافي الغصب) اذ الواجب فيهما القيمة باعتبار القبض وهو برده على المجموع وفي البيع الصحيح الواجب الثمن باعتبار العقد وهو برده على الذات فان قيل شراء التاجر هنا أيضا بمنزلة شراء المشتري فاسدا من حيث وجوب الرد فلنا لالحاق مسئلة الشفعة بالمشتري شراء فاسدا أولى من شراء التاجر من الكافر من حيث أن شراء المشتري بدون رضا الشفيع مكره بخلاف شراء التاجر بدون رضا المالك وقوله والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب أي في غير الروى أمانى الروى يجوز أن يغصبه حنطة ففقت هنده أو ناء فضة ففشم في يده فصاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه وان شاء تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربا (قوله وللمشتري الاول أن يأخذه من الثاني) ولا يكون ذلك للمالك القديم وانما رجحنا جانب المشتري الاول على المالك القديم في ولاية الأخذ لانه على تقدير أخذ المشتري لا يبطل حق المالك القديم لولاية الأخذ به بعد أخذ المشتري الاول ولو أخذ المالك القديم يبطل حق المشتري الاول لانه لا ولاية له بعد أخذ المالك القديم فلهذا رجحنا جانب المشتري الاول (قوله لان الاسر ما ورد على ملكه) كما اذا وهب رجل آخر شيئا فوهبه الموهب له من آخر فليس للموهب الاول عليه سبيل ما لم يرجع الثاني في هبته (قوله فيأخذه بهما) فان قيل يتضرر المالك بذلك

استهلك المشتري بعض الاتجار في الشفعة فانه يحط حصته من الثمن وقوله (وان أسر واعبدا) صورته ظاهرة واعترض على قوله وللمشتري الاول أن يأخذه من الثاني بالثمن بان لا يتناحق الأخذ للذي اشتراه من العدو أولا تضرر المالك لانه حينئذ يأخذه بالثمنين واجيب بان رعاية حق من اشتراه من العدو أولا أولى لان حقه يعود في الالف التي نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ما قلناه أولى

(قوله لان حقه يعود في الالف الخ) أقول يعني لو لم يثبت له حق الأخذ من المشتري الثاني





عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه) والجعل انما يجب اذا اخذه لا خذ على قصد الرد الى مالكه قوله (وان ندالهم بغير) كماله  
ظاهر وكذلك قوله (فان ابق عبد اللهم وذهب معه فموسر ومناع) واعتبر بان علي قول أبي حنيفة ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شيء لانه

لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد سابق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم وأجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال (قوله) واذا دخل الحرب دارنا بامان واشترى عبدا مسلما) أو ذميا أو أسلم أحد من كان معه من العبيد أجبر على بيعه من المسلمين كالذمي يسلم عبده فان قبل الذي ماتزم أحكام الاسلام فجازا جاره على بيع (٢٦٣) عبد الذي أسلم والحرب ليس كذلك أجيب

بان الامان ينافي بقاءهم في ملكه لان فيه استدلالا للمسلم واعطاء الامان على قول ذلك فكان بالامان مستلزما ترك اذلال المسلمين فيلزمه وجوبهما ظاهر ووجهه أي حنيفة (أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب) على الامام فان كان في دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتناق لان مال المستامن معصوم مادام في دار الاسلام بمقتضى الامان فاذا ادخله في دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ماله فاذا لم يكن له ولاية يقسم شرط زوال عصمة المال وهو تبين الدارين مقام

(قوله كالذمي يسلم عبده الخ) أقول فانه يجبر على بيعه (قوله وجب عليه اجباره على العتق) أقول تخليصا للمسلم (قوله لازالة عصمة ماله) أقول الظاهر أن يقول زوال (قوله مقام ماله) الازالة) أقول في النهاية مقام ماله الزوال (قوله وهي الاعتناق لان الشرط قد يقام الخ) أقول فيه بحث

كله فاشترى رجل ذلك كله وأخرجه الى دار الاسلام فان المولى ياخذ العبد بغير شيء والمتاع بالثمن وهذا عند أبي حنيفة وقالا ياخذ العبد وماله بالثمن ان شاء (اعتبار الحسالة الاجتماع بحالة الانفراد وقدينا الحكم في كل فرد) واذا دخل الحرب دارنا بامان واشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة وقال لا يعتق (لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقى في يده عبدا ولا يخلص المسلم عن ذل الكافر واجب في مقام الشرط وهو تبين الدارين مقام كله فاشترى رجل من ماله ذلك كله فان المولى ياخذ العبد بغير شيء والمتاع والغرم بالثمن عند أبي حنيفة وعندهما ياخذ العبد أيضا بالثمن ان شاء) وهذه متفرعة على ملكهم العبد الا بقى اليهم عندهما دونه وأورد عليه أنه ينبغي أن ياخذ الكل بلا شيء لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهرت على ماله غاية أنه ماله لا يبدل ماله لان الرق ينفيه فيبقى في يده كملوك كالغائب في ملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان الغرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عند فاعلم يكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لاحد والملك والعبد والغرض ان هذا المال عايه يد وقد دفع الاستيلاء الموجب لاجراجه عن ملك من له فيه ملك فأمم وأجيب أيضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرنا في حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار (قوله) واذا دخل الحرب دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يعتق لان الازالة كانت متعينة) حال كونه في دار الاسلام (بطريق معين وهو البيع) فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والاباعه القاضي عليه ودفع ثمنه اليه (وقد عذر الجبر عليه فبقى عبدا في يده) ولان الاحراز بدار الحرب بسبب اثبت ملكهم فبالم يكن ملكا لهم فانهم اذا أخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستدل أن زول ملكه الثابت له قبل الاحراز حالة الاحراز (ولا يخلص المسلم عن ذل الكافر واجب في دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن اذلال الكافر) فهو الواجب بالذات اجاعا ووجوب الجبر على البيع ليتوصل اليه غير أنه تعين اخراجه والغرم والمتاع با ثمن وهذا عند أبي حنيفة متفرعة الله تعالى عليه فاقيل على قول أبي حنيفة رحمه الله ينبغي أن ياخذ المالك المتاع أيضا بغير شيء لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه في دار الحرب ويد العبد سابق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه غير ظاهرة في حق المال (قوله) واذا دخل الحرب دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما) وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا يجبر على بيعه ولا يمكن من الذهاب به الى دار الحرب كذا في الايضاح فان قيل الذي ملتزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والمستامن غير ملتزم قلنا المستامن ملتزم ترك الاستحقاق بالمسلمين فانما أعطينا الامان ليستذل المسلم اذ لا يجوز اعطاء الامان على هذا فلهذا يجبر على بيعه (قوله ولا يخلص المسلم عن ذل الكافر واجب) ولكن ذلك ككافر مادام مستامنا في دار الاسلام يزال بالعوض وهو الازالة

ثم أقول قال العلامة الكاكي وفي المبسوط فان قيل باو تقاع الامان زال صفة الخطر لا أصل الملك لمن أياح اغبره شيئا لزول أصل ملكه به فملكه المباح في دار الحرب ابقا ما كان من الملك له لا اثبات ملك له فيه ابتداء قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار الاسلام بالاعتبار والخطر فانه لو لم يكن مستامنا لكان العبد المسلم فاهرا وكان حرا فاذا زال الخطر زال الامان زال أصل الملك ألا يرى أنه في دار الحرب لو قتل مولا ونحن ذمه ونخرج البنا كان حرا وكان ماله من الماله اه في كلام الكاكي بحث

هذه الأزالة وهي الاتفاق لان الشرط قد يقام مقام العلة اذالم يمكن اضافة الحكم اليها كحضر البئر على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط هنا مقام العلة يستلزم جعل الميث للشيء (٢٦٤) من يلا وهو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بداههم ملكوه

فكان تبين الدارين انه  
لثبوت الملك فيه وهما  
جعلوه من يلا وفيه ايضا  
نقض القاعدة مطردة وهي  
ان البقاء اسهل من الابتداء  
فان هذا يثبت ابتداء الملك  
دون بقاءه فالجواب ان تبين  
الدارين مثبت للملك اذالم  
يكن ثابتا والملك فيما نحن  
فيه ثابت بالشراء دون  
التبين فجعل من يلا في  
خاصة اتصال المسلم عن  
ذلي الكافر على انما به ملكناه  
من يلا وانما جعلناه فانما  
مقام الزيل اغرض به  
فلم يكن الشيء الواحد من يلا  
غير من يلا وهو الممتنع  
وبقاء الشيء اسهل من  
الابتداء اذالم يثبت البقاء  
ما يزيل سنو ولته وهما بقاء  
المسلم في يد الكافر مع  
يزيل سهولته وقوله (كما  
يقام مضي ثلاث حيز)  
تمثيل المسئلة في قيام الشرط  
مقام العلة فان انقضاء ثلاث  
حيز شرط البينة في  
الطلاق الرجعي اقيم مقام  
علة البينة وهي عرض  
القاضي الاسلام ونفريقه  
بعد الاباء لعجز القاضي عن  
حقيقة العلة فيها اذالم  
أحد الزوجين بداء الحرب  
(قوله واذا سلم عبد لحربي)  
ظاهر وقوله (لماروي أن  
عبيدا من عبيد الطائف  
أسلموا) روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حصر الطائف قال أجمعوا بيني وبينكم فخرج ستة أجمعوا وسبعة  
منهم أجمعوا جامعا موافقهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم لهم  
(قوله وانما جعلناه فانما مقام الزيل الخ) أقول فيه بحث فانه اذا اقيم مقام الزيل تكون الأزالة مستندا اليه

ولانه

ولانه

ولانه

ولانه أحرز نفسه بالخروج الينامراغما لولاه أو بالاتفاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يدها من السابق ثبوتها على نفسه فالجاجة في حقها الى زيادة تو كيد في حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان أولى والله أعلم

الحديثة قبل الصلح فكتبوا اليهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال هم عتقاء الله وفيه أحاديث قدمناها ومنها السلام عبيد الطائف ومنهم أبو بكر والمنعوت تقدم في كتاب العتق فأبرجهم اليها فزاد ليل عتقهم اذا خرجوا مسلمين وأما عتقهم اذا ظهرنا على الدار بعد اسلامهم فلا نه ايا العتق بمنعة المسلمين صار كانه خرج اليهم في انه امتنع بهم وقوله (واعتبار يده الخ) جواب عن مقدروا أنه لم يعتق بمجر داسلامه في دار الحرب اتفاقا وانما الخلاف فيما اذا عرضه للبيع فباعه فقد وردت يد الغائبين على مال مباح لان الاسلام لا ينافي استرقاقهم أجاب بان العبيد اعلى نفسه على ما تقدم وانما لم تظهر لحق المولى ليمكن من الانتفاع ثم هي أسبق من يده المسلمين أمانى المولى الكافر فيستحق الحكم بعتقه تخليصا للمسلم من اذلال الكافر لان مجرد أصل اليد لا يكفي ما لم ينأ كذا فلا قدرة بدونه فكانت منعة الغائبين هي المؤكدة لها فيعتق هذا ولو أسلم العبد ولم يخرج اليها ولم يظهر على الدار فهو رقيق الى أن يشتره مسلم أو ذمي فيعتق فار في شرح الطحاوي بعد قوله ولا يثبت ولا أى لا يثبت ولا العبد الخارج الينامر مسلاما لحدلان هذا عتق حكى وان لم يخرج اليها ولم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فينأ يعتق بعد قبض المشتري البيع أو لم يقبل لان العبد استحق حق الاعتاق بالاسلام لكننا نحتاج الى سبب آخر ايزوله بملكه عنه ولما عرضه فقد رضى بزوال ملكه وقيد المرامعة يحتز به عـ لو خرج باذن مولاه أو بامر له حاجته فانه اذا خرج كذلك فاعلم في دار حكمه أن يدينه امام ويحفظ عنه مولاه الحربى لانه لما دخل بامان صارت رقيقته داخله فيه كالدخول بسيدته وبمعامه من المال \* (فروع) \* ولو جنى عبيد جناية خطأ أو أفسد ممتاعا فلزمه دية ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم وقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لان حق ولي الجناية في الرقصة ولا يتيق بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يتيق فيه حق ولي الجناية وأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كإلا يبطل ببيعه ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون في الغنمة فاخذوا المولى فكل من الجناية والدين عليه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قبل عدم تبطل عنه بحال لان المستحق به نفسه فلا تبطل بزوال ملك المولى كولو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد الماسور في سهم رجل أو اشتراه فاعتقه قبل أن يحضر المولى نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لانه لم يبق قابلا للنقل من ملك الى ملك ولان ولده لم يلزم للمعتق على وجه لا سبيل الى ابطاله ولو كانت أمه فتزوجها وولدت من الزوج بلا عتق للقديم أن يأخذها وولدها لانها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فثبت له حق الاختلاف في حق الوهاب في الرجوع لا يثبت في الولد لانه حق ضعيف في العين ألا ترى أنه لا يتيق بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله والولد وان كان جزأ في المال هو محل آخر بخلاف حق المولى فانه قوي لا يبطل ببيعه أو هبته فيسرى الى الولد وليس له دفع النكاح لانه يتمكن من الاختلاف بفسخ والنكاح أزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما أخذ من عقرها وأرش جناية عليها ولم يزوجه المشتري فله وطؤها قبل أن يأخذها المولى وثبت حق أخذه لا يمنع وطء المسالك ولو أسروا جارية ثم هوتة بالف وهي قيمتها واشتراها رجل بأنف أخذها مولاهما والراهن بها

عتقاء الله وقوله (ولانه أحرز) متصل بقوله ثم خرج اليها وقوله (أو بالاتفاق) متصل بقوله أو ظهر على الدار وقيل بقوله مراغما أى مغاضيا ومناذ لانه اذا خرج طائعا لمولاه يباع فيه وثمنه للحربى لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كالحربى الذى دخل به مستأمنا الى دارنا والله أعلم بالصواب

خرج به من الماله (قوله ولانه أحرز نفسه بالخروج اليها) متصل بقوله ثم خرج اليها (وقوله أو بالاتفاق) متصل بقوله أو ظهر على الدار وقيل بقوله بالخروج اليها مراغما لولاه لانه اذا خرج اليها مغير مراغما فهو

\*(باب المستأمن)\*

(واذا دخل المسلم دار الحرب ناجراً فلا يحل له أن يتعرض لشئ من أموالهم ولا من دماهم) لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدر أو الغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاحذر أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره يعلم الملك ولم يمنعهم لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان أطلقوه طوعاً

\*(باب المستأمن)\*

لمساخر من بيان الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على المهل قهر أو غلبة شرع في بيان الاستئمان لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استئمان المسلم تعظيماً وكلامه واضح (قوله والغدر حرام) دليله قوله صلى الله عليه وسلم لا حجاب السرايا ولا تغدروا وقوله (بخلاف الاسير) يعني أن الغدر ليس بحرام عليه فان الاسراء اذا تمكنت من قتل قوم من أهل الحرب غيلة وأخذ أموالهم وفعلوا ذلك ونحوه جوا الى دار الاسلام ولا منعه لهم فكل من أخذ شيئاً فهو له خاصة فيباح لهم التعرض وان أطلقوه طوعاً لانه لم يستأمن صريحاً حتى يكون غادراً باخذ أموالهم

\*(باب المستأمن)\*

ولم تبقى رهناً لانها تارة في حق المرتين فهو كالجهد المكفأ فلا يأخذها المرتين الا أن يرد على الراهن الالف وان كان الثمن أقل من الالف كان للمرتين أن يؤدي ذلك الثمن فتكون رهناً عنده لانه مفيد ولو أسلم على ما أخذته من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا اذا صار ذمياً وكذا اذا باعه من حربي آخر ولو خرج البنا بآمان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه الا أنه اذا كان عبداً يبيع على يمينه من المسلمين لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربى من اعادته الى دار الحرب واذلله ولو أسراً وجارية ودية تغدر جل أو عارة به أو جارية فحق الاخذ اذا أخرجت بشراً أو غنمية لمالكها لان ثبوت حق الاسترداد للمالك لا لا بد بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا السك من هؤلاء الاسترداد منه لان كلامهم قائم مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الاحراز بدار الحرب ولو كانت متزوجة لا يبطل النكاح لان غاية احرارها توجب أن يملكوه وان نقل الملك لا يبطل النكاح كالمبيع والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكم والمسلمة في دار الاسلام حكما وان كانت في دار الحرب حقيقة

\*(باب المستأمن)\*

أخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء بالقهر يكون والاستئمان بعد القهر فأورده كذلك وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر (قوله) واذا دخل المسلم دار الحرب ناجراً فلا يحل له أن يتعرض لشئ من أموالهم ودماهم (لانه) بالاستئمان (ضمن) لهم (أن لا يتعرض لهم) فاحذره غدر (والغدر حرام) بالاجماع وفي سنن أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذ غدره فلان وتقديم قوله عليه الصلاة والسلام لامراء الجيوش والسري بالاعتلاء ولا تغدروا في وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من أهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم مائة ليس لنا أن نشتري من لطايفة الغلبة شيئاً من الاموال التي غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراً وانغدرنا بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب فانه يحل لنا ان نأخذها والشرط الاحراز بدار الحرب لا بد اهرهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فاقول بشرط أن يحرزها الغالبون بدارهم ان كانوا يدينون أن من قهر آخر في نفسه أو ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فاتهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب بآمان فقام رجل بآمانه أو ابنه أو أم ولد ونحو ذلك لم يبعه منه فاكتر المشايخ على منعه وقال الكرخي ان كانوا يدينون ذلك جاز شرأؤهم منهم والعامة يقولون ان كانوا يدينون أن من قهر آخر ملكه فهو اذا ملكه هؤلاء يعتقون عليه فيصبرون أحراراً فيمنع بيعهم ولو جاء بيع بعض أحرارهم قالوا ان كانوا يدينون أن من قهر شخصاً ملكه جاز شرأؤهم منه واللامع أن هذا ليس فيه احراز بدار أخرى غير دار المقتدر وقوله (الا اذا غدر بهم ملكهم فاحذر أموالهم الخ) استثناء من قوله لا يحل أن يتعرض لشئ من أموالهم ودماهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم أيضاً (لانه غير مستأمن) وقوله صريح به حيث قال (فيباح له التعرض وان أطلقوه) وتركوه في دارهم (طوعاً) أو أعتقه لانه لم يستأمن وعقدهم لا عبرة به

عبدوا لولا يديعه الامام ويقف نفسه للمولى لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربى الذي دخل به مستأماً الى دارنا كذا في الايضاح والله تعالى أعلم بالصواب

\*(باب المستأمن)\*

(قوله والغدر حرام) قال عليه السلام لكل غادر لواء يركز عند باب استيئمانه يوم القيامة يعرف به غدرته (قوله بخلاف الاسير) لانه غير مستأمن لانه لم يوجد منه الا التزام بعده (قوله وان أطلقوه طوعاً) كل فيه وهم أن يصير

(قوله ملكه ملكا محظورا)

أي خبيثا حتى لو كانت جارية كره للمشتري أن يطاها لأنه قائم مقام البائع ووطؤها للبائع كان مكرها وهذا المشتري

(قوله وهذا) إشارة إلى

قوله ملكه ملكا محظورا

يعني أن مال أهل الحرب

مباح في نفسه والخطرا يعني

في غيره وهو الأمان فلا يمنع

انفسه سبب الملك وهو

الاستيلاء (على ما بيناه)

يعني في أوائل باب استيلاء

الكفار بقوله والمحظور

لغيره إذا صلح سبي الكرامة

تفوق الملك الخ وإذا دخل

المسلم دار الحرب بآمان

فادانه حربي أي باع بالدين

فان الادانة البيع بالدين

والاستدانة الابتاع بالدين

(قوله ولا ولاية وقت الادانة

أصلا) أي لا على المسلم ولا

على الحربي (ولا وقت

القضاء على المستأمن) وهو

ظاهر وإذا لم يقض على

الحربي لم يقض على المسلم

أيضا تحقيقا للتسوية

بينهما وقوله (وأما الغصب

فلانه صار ملكا للذي غصبه)

أي سواء كان الغاصب كافرا

في دار الحرب أو مسلما

مستأمنا فيها لان مال

قال المصنف (فادانه حربي

الخ) أقول وفي المصادر الادانة

وأم دانداه وفي النهاية

الادانة البيع بالدين

والاستدانة الابتاع بالدين

وقوله

(فان غدرهم) أعني التاجر (فاخذ شيئا وأخرج به ملكه ملكا محظورا) لورود الاستيلاء على مال مباح إلا أنه حصل بسبب الغدر فوجب ذلك خبثا فيه (فيؤمر بالتصدق به) وهذا لان الخطر اغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه (وإذا دخل المسلم دار الحرب بآمان فادانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحداهما صاحبه ثم خرج البنا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ) أما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم

لانهم لم يملكوه فله أن يقتل من قدر عليه سيده أو غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكا لا خبث فيه (فان غدرهم) التاجر (فاخذ شيئا وأخرج به ملكه ملكا محظورا) لعدم ورود الاستيلاء على مال مباح (عندهم الاحراز لأنه بسبب محرم فاوردت خبثا فيه فيجب التصديق به كملك المغيوب عند الضمان وانما ملكه مع حرمة مباشرته بسبب الملك لان الخطر اغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك) كفي البيع الغاصد وقوله (على ما بيناه) يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره إذا صلح سبي الكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصديق به حتى لو كان المأخوذ غدر اجار به لا يحل له وطؤها ولا للمشتري منه بخلاف المشتري انشراء فاسدا فان حرمة وطئها على المشتري خاصة وتفوق للمشتري منه لان المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد وبيع المشتري انقطع حقه ذلك لانه باع ببيع صحيح فلم يثبت له حق الاسترداد وهذا الكرامة للغدر والمشتري الثاني كالاول فيه أما لو سبي قوم أهل الدار التي هو فيها جازله أن يشتريهم من السابي لانهم ملكوهم بالاحراز وهم كانوا على أصل الاباحية في حقه وانما منع الغدر وليس ذلك غدرا \* (فرع نفيس من المبسوط) \* لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيهم المسلم المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار الا ان خاف على نفسه لان القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلال لا يحل الا لذلك أولا علاء كمالته وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء الاعلاء للكفر ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين فأسروا وذرارهم فروا بهم على أولئك المستأمنين وجب عليهم أن ينقضوا عهدهم ويقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لانهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لأموالهم وكذلك لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لانهم مسلمون ومن فروا وعملوا تزوج في دار الحرب منهم ثم أخرجوا إلى دار الاسلام قهرا ملكها فينفسخ النكاح ويصح بيعه فيها وان طارعه غفر جت طوعا معذرا يصح بيعه لانه لم يملكها او اعلم أنهم أخذوا في تصورها ما إذا أضمر في نفسه أنه يخرجه اليه بها ولا بد منه فانه لو أخرجها كرها لالها الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجه حيث شاء اذا أوفاه بمجمل مهرها ينبغي أن لا يملكها (قوله وإذا دخل المسلم دار الحرب بآمان فادانه حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحداهما صاحبه) (الخ) ثم خرج (المسلم) (البنا) واستأمن الحربي (نخرج أيضا مستأمنًا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ) أما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة) على واحد منهما (ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم أحكام

مستأمنًا وليس كذلك لانه ليس باستأمن) (قوله ملكه ملكا محظورا) حتى لو كانت جارية كره للمشتري وطئها لانه قائم مقام البائع وكان يكره البائع وطئها فكذلك للمشتري وهذا بخلاف المشتري انشراء فاسدا اذا باعها حل للثاني وانه بعد الاستبراء لان الكرامة في حق الاول لبقاء حق البائع في الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع وههنا الكرامة تعني الغدر (قوله على ما بيناه) إشارة إلى قوله في أوائل باب استيلاء الكفار والمحظور بغيره إذا صلح سبي الكرامة تفوق الملك الخ الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتاع بالدين وقولهم أدان بتشديد الدال من باب الافتعال أي قبل الدين والدين غير العرض اذالك اسم لما يقرض فيقبض وهذا اسم لما يصير في الذمة بالعقد كذا في العالمة وكذا في كتاب الكفالة منها أن اسم الدين شامل لجميع ما يجب في الذمة بالمقد وبلاستهلاك والاستتقراض (قوله ولا ولاية وقت الادانة أصلا) اذ لا ولاية لنا على أهل الحرب

وقوله



كل واحد منهما كان مباحا وقت الغضب في حقه ذلك به بالغضب الان الغضب ان كان هو المسلم يفتي برد المصوب على المالك ولا يعرض عليه لانه لم يدخل دارهم بامان التزم ان لا يغدر بهم وفي أخذ أموالهم على هذا الوجه

غير وقوله (على ما بينا) يعني فيما تقدم وأما غضب الكافر فقد ذكر في مسألة الاستيلاء بقوله ان الاستيلاء ورد على مال مباح وأما غضب المسلم فقد ذكره فيما اذا دخل واحد أو اثنان مغيرين بغير اذن الامام فاحذوا شيئا فاهم بكونه وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله من قبل ان الغضب بعد الولاية قال وقوله (ولو خرج مسلمين) ظاهر وقوله (فغضب حريا) أي غضب شيئا من حربي ولبس هذا منحصر في خروجهما مسلحين بل لو خرج المسلم الغاصب والحربي مستأمنين فالجزم كذلك وقوله (فعلى القاتل الديني في ماله) يعني

اذن بالنشد من باب الاذغال أي قبل الدين اه (قوله) وأما غضب الكافر الى قوله فانهم على كونه أقول وكذا في النهاية وفي بحث قال المصنف (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغضب حريا) أقول أي مال حربي على حذف المضاف وإقامة المضاف مقامه

الاسلام فيما مضى من أفعاله وانما التزم ذلك في المستقبل وأما الغضب فلانه صار ملكا الذي غصبه واستولى عليه لمصادفته ما لا يبر معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حريين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما باننا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغضب) أما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة لقضاء الالتزام بها الاحكام بالاسلام وأما الغضب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث في ملك الحرب حتى يؤمر بالرد (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغضب حريا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغضب ولم يقض عليه) أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الأمر بالرد ومراعاة الفتوى به فلانه فسد الملاك لما بقارنه من الحرم وهو نقض العهد (واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الديني في ماله وعليه الكفارة

الاسلام فيما مضى من أفعاله وانما التزم في المستقبل) ولكن يفتي بأنه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم والذات قال أبو يوسف يقضي على المسلم وعموم عدم القضاء كما في الهداية قول أبي حنيفة ومحمد واستشكك في قوله ما بان المسلم ملتزم أحكام الاسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكون أبي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو أيضا يحتاج الى موجب وأجاب في الكافي بان ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بل لا موجب لو جوب بطلان حق الآخر وجوب بل انما ذلك في الاقبال والاقامة والاجلاس ونحو ذلك والاداءة البيع بالدين والاستدانة بالبيع بالدين (وأما أنه لا يقضي بالغضب) لكل منهما (فلانه صار ملكا الذي غصبه) سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب أو مستأمننا (على ما بينا) أي في باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لان الغرض ان كلا منهما خرج الى دار الاسلام وفي غضب المسلم اذا دخل واحد أو اثنان مغيرين دار الحرب الخ لان المسلم المستأمن الغاصب لمال الحرب يؤمر بالرد اذ انما لا قضاء لترفع معصية الغدر وفي كلام المصنف إشارة الى كاتري (وكذا لو كانا حريين فعلا ذلك) أي اذان أحدهما صاحبه أو غصبه (ثم خرجا) اليها مستأمنين لما قلنا فان خرجا مسلمين (وقد اذان أحدهما الآخر أو غصبه) يقضي بالدين بينهما خاصة دون الغضب أما القضاء بالمداينة أي بالدين (فلانها) حين وقعت (وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي) والولاية ثابتة حالة القضاء لا عترة فهاجا باحكام الاسلام) ولا ترجع لاحدهما على الآخر اذ لم يقض لاحدهما دون الآخر بل سوية بينهما وعلى قول أبي يوسف لا يحتاج الى هذه العلوة اذ يقضي للحربي على المسلم على قوله كما ذكرنا نفاه (وأما الغضب) فانما لا يقضي به لاتلافه فيما ملكه (ولا خبث في ملك الحرب ليؤمر بالرد) وفيه إشارة الى ما قدمنا ذكرها (قوله) واذا دخل المسلم فغضب حريا ثم خرجا مسلمين الخ) عرف أحكامها ما تقدم (قوله) واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الديني في ماله) ولا كفارة عليه (وعلى القاتل خطأ الديني في ماله) أيضا (وعليه الكفارة) هكذا في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذ كر

والجواب في مسألة الادانة قول أبي حنيفة ومحمد وجهما لله تعالى وأما على قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه فالقاضي يقضي على المسلم بالدين وقوله ما شكك لان المسلم التزم أحكام الاسلام مطلقا فصار كمن لو خرجا مسلمين اليها وأوجب بان المدون اذا كان حرييا لم يقض عليه بشي لان غير ملتزم لذلك فاذا كان مسلما وجب أن لا يقضي عليه بشي أصلا لعدم الالتزام ولكن لتحقيق المساواة بين الخصمين (قوله) لمصادفته ما لا غير معصوم على ما بيناه) أما غضب الكافر فقد ذكر في مسألة الاستيلاء بقوله ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح الخ وأما غضب المسلم فغيره اذا دخل الواحد أو الاثنان مغيرين بغير اذن الامام واحذوا شيئا فاهم بكونه (قوله) ثم خرجا مسلمين أمر برد الغضب ولم يقض عليه) وهذا الجواب غير فحصر بخروجهما مسلمين فان الحرب اذا خرج مستأمن مع المسلم الذي دخل دار الحرب مستأمننا وقد كان غضب المسلم في دار الحرب فالجزم كذلك (قوله) فعلى القاتل الديني في ماله) أي في العمد والخطأ ذكر الامام الاجل شمس الانعام السرخصي

في الخطأ) أما الكفارة فلا تطلق الكتاب وأما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض  
للدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاء الاجنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين  
ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما يجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة  
لهم على الصيانة مع تبان الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وان كانا أسيرين فقتل أحدهما  
صاحبه) أو قتل مسلم تاجر أسير (فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة)

فاضخان في الجامع الصغير أن هذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد كقول  
الشافعي ومالك وأحمد لانه قتل شخصاً معصوماً بالاسلام عمدتاً وانما وظلما وذلك موجب للقصاص وكونه في دار  
الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى ولا في حنيفة أنه مكتر من وجه ولو كثره من كل وجه  
بان كان متوطناً هناك لا يكون معصوماً فاذا كان مكتر من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب  
القصاص وذکر شمس الأئمة القصاص في العمد عن أبي يوسف من رواية الاملاء لان المسلم حيث كان هو من  
أهل دار الاسلام لا ينتقض احراز نفسه بذلك والقصاص حق للولي يفترق باسنيغائه من غير حاجة الى ولاية  
الامام ووجه الظاهر يندرج فيما سئل كقول المصنف (أما الكفارة) يعني في الخطأ (فلا تطلق الكتاب)  
يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبته (و) وجوب الدية لان العصمة ثابتة بالاحراز بدار الاسلام  
لا تبطل بعرض الدخول الى دار الحرب (بالامان وانما لا يجب القصاص) في العمد (لانه لا يمكن استيفاء  
الاجنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب) فلا فائدة في الوجوب واذا سقط  
لقصاص وجبت الدية لانه بسقوطه بعارض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه ولا يخفى أن المراد أنه ليس  
على الامام فاقامة اذا طلب الولي تمكينه منه ولا يحل لولي المقتول قتل القاتل اذا قدر عليه لان القتل لم يقع سبباً  
موجباً للقصاص وهو مشكل لان كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند الطلب اذا كانت  
نايبة عنده كالمرفوع الى فاض مطالبته بشتم مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فان ولايته منعدمة عند  
السبب وعليه أن يقضي بالشتم عند المرافعة لان العصمة المأثمة بالاسلام قائموا القتل العمد العدوان ثابت  
وهو السبب والمنازع وهو استيفاء الامام منتفلاً ذكر عن أبي يوسف أن الإقامة لا تغرد بها الولي فغزاه منه  
خلاف الدليل فالأقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطلة للقصاص بتكثير سوادهم من وجهه على ما به اذ غنع  
كون ذلك شبهة فوجب السقوط أو أن دار الحرب دار اباحتها لكون فيها شبهة دار توفد يقال ان قتلهم انما دار  
اباحة للقتل مطلقاً فممنوع أو قتل الكافر فيه فلا يغدو بحسب بان كونها دار اباحة في الجملة كاف الأثر  
أن من قتل رجلاً قاله اقتلني لقصاص عليه مع أن اباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل اباحة من جهته  
وقد جعل ذلك مانعاً لأن تمنع عدم القصاص في قوله اقتلني فان قيل قد ذكرتم مخالفاً لطلاق قوله تعالى كتب  
عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فانه قتل وليس يجب فيه قصاص  
ونحو ذلك فإجاز تخصيصه بالمعنى أيضاً قال (وانما يجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي  
الخطأ) انما يجب أيضاً في ماله لان وجوبه على العاقل بتركهم وتسميرهم في حفظ القاتل ومنعه من ذلك ولا  
تقصير منهم في ذلك اذا كان في دار الحرب (قوله وان كانا) أي المسلمين (أسيرين فقتل أحدهما صاحبه  
أو قتل مسلم تاجر أسير فلا شيء على القاتل) من أحكام الدنيا (الا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة) وانما

رحمة الله تعالى عليه هذه المسئلة في الجامع الصغير ثم قال وروى عن أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمة الله تعالى  
عليه أنه قال عليه القصاص في العمد لان بدخول المسلم دار الحرب لا ينتقض احرازه نفسه بدار الاسلام فالمسلم  
من أهل دار الاسلام حيث ما يكون والقصاص محض حق للولي يفترق باسنيغائه من غير حاجة فيه الى ولاية  
الامام فلا فرق حينئذ بين الدارين ووجه ظاهره رواية أن الاحراز بان ولكن دار الحرب دار اباحة للدم فيصير  
ذلك شبهة مسقطلة للعقوبة لان مجرد صورة الاباحة تكفي لاسقاط العقوبة وان لم يثبت حقيقة كمن يقول  
لغيره اقتلني فقتله (قوله فلا تطلق الكتاب) وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبته مؤمنة أطلق ولم

في العمد والخطأ هكذا ذكره  
من غير خلاف في غامضة النسخ  
وذکر الامام فاضخان ان  
هذا الحكم قول أبي حنيفة  
رضي الله عنه ثم قال وقال  
أبو يوسف ومحمد عليه  
القصاص في العمد لانه قتل  
شخصاً معصوماً ليس من  
أهل دار الحرب فيجب بقتله  
ما يجب به في دار الاسلام  
ولا في حنيفة رضي الله عنه  
أن تكثير سوادهم من كل  
وجه بتوطئه فيهم كان  
يسقط العصمة فتكثيره  
من وجه بورث الشبهة  
في سقط القصاص وقوله  
(أما الكفارة فلا تطلق  
الكتاب) يعني قوله تعالى  
فتحرير رقبته مؤمنة (وأما  
الدية فلان العصمة الثابتة  
بالاحراز بدار الاسلام  
لا تبطل بعارض الدخول  
بالامان) لانه لما كان على  
قصد الرجوع كان كانه في  
دار الاسلام فتدبر راحتي  
ان المستأمن منهم لما كان  
على قصد الرجوع كان في  
دار الحرب حتى لا يـتـلـ  
الذي به وكان القياس  
وجوب القصاص الا أنه لم  
يجب لاذ كره في الكتاب  
وهو واضح

وقوله (على ما بيننا) إشارة إلى أن العصمة الثابتة بالأحزاب دار الإسلام لا تبطل بعراض الدخول بالامان وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لان العوقل لا تعقل العمد وقوله (ولابي حنيفة (١٧٠) رضى الله عنه أن بالاسرار تبعنا لهم) يعنى وأهل الحرب أصول والأصول غير معصومين

وقال في الاسير من الديعة في الخطا والعمد) لان العصمة لا تبطل بعراض الاسر كالتبطل بعراض الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعوت يجب الديعة في ماله لما قلنا ولا يحنيفة أن بالاسرار تبعنا لهم الصبر وروته مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقبها باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر اليها وخص الخطا بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا

(فصل) \* قال (واذا دخل الحربي اليها مستأمن لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة) ويقول له الامان ان أقيمت تمام السنة وضعت عليك الجزية (والاصل أن الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق أو الجزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من اقامة البسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهم ما بسنة لانهم مدة تجب فيه الجزية فتكون اقامة مصلحة الحربي يثمن ان يرجع بعدم ماله الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذ مكثت سنة فهو ذى لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما بالعجز ببقاءه في صير ذميا

فكذلك الاتباع (قوله ولهذا) توضيح للتبعية وقوله (فيبطل به الاحراز أصلا) أي يبطل الاحراز بالعصمة المقومة بالكافة (وصار كالمسلم الذي لم يهاجر اليها) بجماع تبعية أهل الدار بالتوطن فلم تجب الديعة لان ما بينه على تلكا العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤتممة وهي بالاسلام

عليه عقاب الآخرة في العمد) وقال في الاسير من الديعة في الخطا والعمد لان العصمة لا تبطل بعراض الاسر كالتبطل بعراض الاستئمان على ما بيناه) يعنى من قوله لان العصمة الثابتة بالأحزاب دار الإسلام لا تبطل بعراض الدخول بالامان فكان الاسيران كالمستأمنين (و) أما امتناع القصاص فلعدم المنعة) كذا كرنا (وتجب الديعة في ماله لما قلنا) أن العوقل لا تعقل العمد وهذا قياس ما نقل قاضيان عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمد أن يقول به في الاسير من لان الوجه به هو (ولابي حنيفة) وهو الفرق بين الاسيرين والمستأمنين (أن بالاسرار تبعنا لهم لصبر وروته مقهورا في أيديهم حتى يصير مقبها باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز أصلا) لان الاصل غير معصوم فكذا تبعية (وصار كالمسلم الذي لم يهاجر اليها في سقوط عصمته الذنبية بجماع كون كل منهما مقهورا في أيديهم (و) انما (خص الكفارة بالخطا لانه لا كفارة في العمد عندنا) كما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى هذا والا قرب أن يجري فيها حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه

(فصل) \* فصل هذه المسائل عما قبلها باختلاف أحكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظاهر على الامر والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من مار عبر والجلب والاحلاب الذين يجلبون الابل والغنم للبيع وقوله (بعد تقدم الامام) يقال تقدم اليه الاسير بكذا أو في كذا اذا

(فصل) \* (قوله) واذا دخل الحربي اليها مستأمن لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة) ثم يرجع (بل يقول له الامان ان أقيمت تمام السنة وضعت عليك الجزية وأصل هذا أن الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق أو بالجزية لانه يصير عينا لهم) أي جاسوسا (وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من اقامة البسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب) وهو ما يجلب من حيوان وغيره (فصلنا بين الدائمة والبسيرة بسنة لانهم مدة تجب فيها الجزية فاجمع قبله فلا سبيل عليه وان أقامها بعد تقدم الامام اليه) أي قوله له ما يعتمد في ضرب

(فصل واذا دخل الحربي الخ) \* قال المصنف (واذا دخل الحربي اليها مستأمن لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة) أقول قال العلامة الكاكي في فتاوى العنابي لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله ان يرجع اه وفي النهاية لفظ المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس بشرط لصبر وروته

يقيد بدار الحرب ودار الاسلام فان قيل ينبغي أن تجب "دية" أي حنيفة رحمه الله فيها اذا قتل الاسير المسلم أسيرا مسلما لا طلاق قوله تعالى ومن قتل مؤمنا لا آية قلنا خض من هذا النص المسلم الذي لم يهاجر اليها فيخص المنتزعة والجامع كون كل واحد منهما مقهورا في أيديهم (قوله) كالتبطل بعراض الاستئمان على ما بيناه) إشارة إلى قوله لان العصمة الثابتة بالأحزاب دار الإسلام لا تبطل بعراض الدخول بالامان وهذا أولى لان ذلك عن اختيار وهذا عن اضطرار (قوله) كالمسلم الذي الخ) أي فليس في قتله الا الكفارة في الخطا فكذلك هنا بجماع أن كل واحد منهما تابع لاهل الدار بالتوطن وبكونهما مقهورين لهم بخلاف المستأمن لانه متمكن من الخروج الى دار الاسلام فلا يكون تبعنا لهم فلا تبطل العصمة والله تعالى أعلم

(فصل) \* (قوله العين) الديبان والجاسوس والعون الظاهر على الامر والميرة الطعام يمتاره الانسان

الحربي المستأمن ذميا عند اقامته تمام السنة في دار الاسلام بل يصير ذميا اذا أقام سنة فيها وان لم يتقدم اليه الامام بقوله ان ولا الامام أقيمت تمام السنة وضعت عليك الجزية اه وقول المصنف (لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام الخ) يشير الى اشتراط التقدم فعله فيه وإيتين فليدبر (قوله والجلب والاحلاب الخ) أقول الجلب فعل بمعنى منقول صرح به نقلة اللغة وما ذكره النامح مع انه خلاف المقول لا يناسب للميرة

أمر به وقوله (والامام أن يؤقت في ذلك مادون السنة) يعني أن تقدير الحول ليس بلازم (٢٧١) بل لو قدر الامام أقل من ذلك فلي حسب ما يراه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول (فاذا أقام بعد ذلك في دارنا بصير ذميا) قال الامام قاضيان فاذا مضت سنة بعد مضى المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا الآن يكون شرط عليه أنه اذا حاز السنة يأخذ الخراج لحيث أنه يأخذ منه وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما بالجزية وقوله (فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي) قال في النهاية وكذلك لولزمه عشر في قياس قول محمد بان اشترى أرضا عشرية لانهما جاعل من مؤن الأرض (لان خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس) اذ كل واحد منهما من أحكام دارنا فإلزامي بوجوب الخراج عليه رضي أن يكون من أهل دارنا وقوله (فتعتبر المدة من وقت وجوبه) أي وجوب الخراج (وقوله في الكتاب) أي في الجامع الصغير (فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي) نصريح من محمد بشرط الوضع (أي بان وضع الخراج عليه شرط في جعله ذميا المراد من وضع الخراج التزام خراج أرض مباشرة وسببه وهو الزراعة أو تعطيلها عن مباح التمكن من أو هو الصريح (قوله لان خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس) لان كلاهما من أحكام دارنا فالإلزامي بوجوب الخراج عليه رضي بان يكون من أهل دارنا وكذلك لو لم يشر في قياس قول محمد رجسه الله بان اشترى أرضا عشرية

والامام أن يؤقت في ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين (واذا أقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا) لما قلنا (ثم لا يترك أن يرجع الى دار الحرب) لان عقد الذمة لا ينقض كيد وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين (فان دخل الحرب دارنا بامان واشترى أرضا فوضع عليه الخراج فهو ذمي) لان خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما بالمقام في دارنا أما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشترىها للتجارة واذا التزمه خراج الأرض فبعد ذلك التزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي نصريح بشرط الوضع الجزية عليه (صار ذميا) فلا يمكن بعده من العود الى داره (لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتصديره ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين) ولا يؤخذ منه حجة للسنة التي أقامها الا ان قال له ان آفتهما أخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط تقدم الامام اليه في منعه من العود اذا أقام سنته به صرح العتابي فقال لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله الرجوع قبل وانقضاء البسوط يدل على أن تقدم الامام ليس شرط الصيرورته ذميا فانه قال ينبغي للامام أن يتقدم اليه في أمره الى أن قال وان لم يقدر له مدة فالاعتبار الحول وليس بلازم لانه يصير ذمي بقوله ان آفتهما طويلا منعتك من العود فان أقام سنة منعه وفي هذا اشتراط التقدم غير أنه لم يؤقت له مدة خاصة والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولأن بوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغي أن يلحقه عسر ابتصار المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج في اقتنائها الى مدة مديدة \* (فروع) \* لومات المستأمن في دار الاسلام من مال وورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فلا بد أن يقيموا اليه على ذلك فيأخذوا فان أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحسانا لانهم لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان أنسابهم في دار الحرب لا يعرفها المشائون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع اليهم المال وأخذ منهم كفيلا لما يظهر في المسأل من ذلك قبل هو قولهما لا قول أبي حنيفة كما في المسلمين وقيل بل هو قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه بسلاحه اشتراه من دار الاسلام بل بالذي دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا أو نشابا أو ربحا لا يمكن منه وكذا لو اشترى سيفاً أحسن منه فان كان مثل الاول أو دونه يمكن منه ومن يوجد في دارنا بالأمان فهو ومعه فيء فان قال دخلت بامان لم يصدق وأخذوا وقال أنارسل فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة تعرف بذلك كان آمنا فان الرسول لا يحتاج الى أمان خاص بل بكونه رسولا يامن وان لم يعرف فهو زور فيكون هو ومعه فيء واذا دخل دار الاسلام بالأمان فآخذ واحد من المسلمين لا يتصرف به عند أبي حنيفة بل يكون فيأخذ الجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن أبي يوسف وطاهر قول أبي يوسف وهو قول محمد يخصص به ولو دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعند أبي حنيفة يؤخذ ويكون فيأخذ للمسلمين وعلى قوله الاول لكن لا يسلم ولا يسلق ولا يؤذى حتى يخرج (قوله وان دخل الحرب دارنا بامان واشترى أرضا خراج فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا) وكذا لو اشترى عشرية فآفتهما عشرية على قول محمد فانها وطبيعة

من ما يمر والجلب المجلوب ومنه نهي رسول الله عليه السلام عن ثلثي الجلب (قوله والامام أن يؤقت في ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين) وأدنى الاوقات شهرين بقدر بل هو موكول الى رأى الامام الا أنه لا ينبغي له أن يرهقه على وجه يضرب به فاذا مكث ما سماه جعله ذميا واستأنف عليه الجزية بحول هذه الا أن يكون شرط عليه ان مكث سنة أخذ منه الجزية فيأخذ ما منه حيث شاء ثم لا يتركه بعده أن يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة يختلف عن الاسلام فلا يمكن له من نقضها (قوله فاذا وضع عليه الخراج) في القوائد الظاهرية المراد من وضع الخراج التزام خراج الأرض مباشرة وسببه وهو الزراعة أو تعطيلها عن مباح التمكن من أو هو الصريح (قوله لان خراج الأرض بمنزلة خراج الرأس) لان كلاهما من أحكام دارنا فالإلزامي بوجوب الخراج عليه رضي بان يكون من أهل دارنا وكذلك لو لم يشر في قياس قول محمد رجسه الله بان اشترى أرضا عشرية

ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى أرضا خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صلواتنا على محمد وآله

من أحكام الاسلام كذا ذكره قاضيان و ليس  
بمخرج لما أشار اليه المصنف  
من قوله لانه قد يشترها  
للتجارة وقوله (فبئزج  
عليه) أى على أن الوضع  
شروط (أحكام جند فلا تغفل  
عنه) أى عن شرط الوضع  
وهى المنع من الخروج الى  
دار الحرب وجرى ان القصاص  
بينه وبين السلم ووجوب  
الضمان فى اتلاف خره  
وختزيره ووجوب الدية  
بقتله خطأ وهذه الاحكام  
انما تثبت بعد كونه ذميا  
لا قبله و بوضع الخراج يصير  
ذميا فذلك يجب أن  
لا يغفل عن شرط الوضع  
وقوله (واذا دخلت حرية  
بأمان) ظاهر وكذا عكسه  
وكذلك قوله (ولو أن حربيا  
دخل دارنا بأمان) خلا أن  
قوله لان يد المودع كيد  
منقوض بما اذا سلم الحربى  
فى دار الاسلام وله دبيعة  
عند مسلم فى دار الحرب ثم  
ظهر على الدارقات ان تكون  
فيا فلم تكن يد المودع كيد  
المودع وأجيب بان يد  
المودع كيد المودع اذا اتفقا  
عنه وقت الابداع وفى  
صورة النقص ليس كذلك  
لان دار الحرب ليست دار

مستمرة وعلى قول أبي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت أحكام  
الذمي في حقهم من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينهم وبين المسلم وضمنان المسلم قيمة خمره  
ونزيره اذا تلفه وجوب الدية عليه اذا قتله خطأ وجوب كف الاذى عنه فقهر غيبته كاتحرم غيبة المسلم  
فضلا عما يقتضيه السفيهاء من صفعه وشتمه في الاسواق فلما وعدوا هذه الاحكام الجمة التي نبه عليها  
المصنف والجم الكثير والمراد بوضع الخراج الزام به واخذ منه عند حلول وقتها ومنذ ياتر السبب وهو  
زراعتها او تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه او زراعتها بالاجرة وهي في ملك غيره اذا كان  
خراج مقاسمه فانه يؤخذ منه لاسن المال فيصير به ذميا بخلاف مالوك الارض التي استأجرها خراجها على  
مالكها فانه لا يصير ذميا اذا دخل وقت الاخذ لعدم الاخذ منه وكذا اذا اخذ منه العشر على قول محمد ولا يظن  
بوضه لامام وتوظيفه ان يقول ونظمت على هذه الارض الخراج ونحو ذلك لان الامام قط لا يقول في كل قطعة  
أرض كذلك بل الخراج من حين استقر وتظيفه للاراضي المملوكة استقر على كل من صار اليه نعم لا يصير ذميا  
بجرد شرائها كما قيل لانه به التزمه لانه غير لازم لجواز انه اشتراها للتجارة فلا يحكم بالتمتع عليه بمجرد حتى يزول  
هذا الاحتمال باستمراره في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها او زراعتها (قوله واذا دخلت حريمه دارنا  
بابان فتزوجت ذميا صارت ذمية) ففي تزوجها مسلما أولى وعكسه ما لو دخل حرب فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما  
قال به الاثمة الثلاثة في الحربية أيضا قياسا على الرجل ونحن بيننا الفرق بان تزوجه ليس دالة التزاه المقام فان  
في يده طلاقها وامضى عنها بخلافها حين أقدمت عليه كانت ماتزمت بمبايعة منه ومنه عدم الطلاق ومنعها من  
الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على أرضها ونحو ذلك (قوله ولو أن حربيا دخل دارنا بابان ثم  
عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينيا في ذمتهم فقد صار ذميا بحاجب العود وما في دار الاسلام  
من ماله) له مادام حيوان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير أن يظهر على دارهم كالأمانات في دار الاسلام  
لان ماله مشمول باماننا مادام في دارنا وبه قال الشافعي وأحذر جهالة الله فان قيل ينبغي أن يصير ذميا كالأمانات

لأنهم جميعاً بمنزلة الأرض كذا ذكره في غير الإسلام رحمه الله (قوله فيخرج عليه أحكام جنة) وجوب  
الضمان في اتلاف غيره وخبره وجوب الدية بقتله خطأ وهذه الأحكام إنما تثبت بعد كونه ذمياً لا قبله  
ولو وضع الخراج يكون ذمياً فلذلك يجب أن لا يغفل عن شرط الوضع (قوله وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله)  
فإن قيل ينبغي أن يصرف فيما إذا أسلم الحرب في دار الإسلام وله دية عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار  
الحرب فتكون يد المودع كيد المودع في تلك المسئلة قلنا يد المودع من وجهه دون وجه والعصمة  
ما كانت ثابتة في تلك المسئلة لما أن دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك وأما ههنا العصمة  
كانت ثابتة وقت الإبداع ولم تظهر على دار الحرب فكانت العصمة باقية كما كانت إذا دار الإسلام دار عصمة  
وجف الغرس أو البعير عداً وجفوا أو جف صاحبهما بما جفا وقوله وما أوجب المسلمون عليه أي أعمالوا خيلهم  
وكلهم في تحصيله والجلاب الفع والمداخر وجع الوطن والأخراج يقال جلالات القوم عن أوطانهم

قال (وما أوجب المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال بصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج) قالوا هو مثل الأراضي التي أجلاؤها الجزية ولا تجس في ذلك وقال الشافعي فيها الخس اعتبارا بالغنمة ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية وكذا عذر ومعاذ ووضع في بيت المال ولم ينجس

الحرب في دار الاسلام وله ذبقة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم تكون فيأ ولا تكون يدا المودع كبد في دار الاسلام أوجب بالفرق بان ما في دار الحرب بمعصوم من وجه لا من كل وجه فان دار الحرب دار باحة لا همة فلا يصير معصوما بالملك بخلاف ما في دار الاسلام ثبت من كل وجه فيبقى الى أن يثبت الزيل وهو أن يصير نفسه معصوما وذلك بان يؤسر أو يظهر على داره فيقتل فيثبت نصير الوديعة فيأ العامة المسلمين موضع في بيت المال لا ينفق في يده تقدر فاذا غنم غنم بخلاف ما له من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لانها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنها يختص بها المودع لما ذكره المصنف في الدين وأما الدين فيسقط عن ذمته لان ثبوت يده عليه منتف إذ قد صار ملكا للمسلمين وانما هي ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنائه فيسقط ما للدين وإذا حققت هذا طهر لك أن اختصاص المديون به ضروري غير محتاج الى تعليله بأنه سبقت يده اليه (قوله وما أوجب المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال) أي ما عملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بالقتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل ويقال وجف البعير وجفوا وجيفوا وأوجفته إذا حملته على الوجيف (يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج) وكذا الجزية في عمارة القناطر والجسور وسد النور وكرى الانهار العظام التي لا ملك لاحد فيها كبحون والقرات ودجلة والى أرزاق القضاة والمحتمسين والعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يختص به ولا شيء منه أحد (قالوا هو مثل الأراضي التي أجلاؤها الجزية ولا تجس في ذلك وقال الشافعي فيها) وفي بعض النسخ فيها أي الارض والجزية والخراج الذي تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج ويقال أجلي السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة أي أخرجهم فجلا أي خرجوا وأجلي القوم أي أخرجوا فكل من ذى الهمزة وعدمها يتعدى ولا يتعدى ومذهب الشافعي أن كل ما أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم بالكف عنهم بخمس وما أخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له في القديم لا بخمس وهو قول مالك وفي الجديد بخمس ولا جد في الف رواية أن الظاهر منها لا بخمس ثم هذا الخس عند الشافعي يصرف الى من يصرف اليه خمس الغنمة عنده على ما مر وذكره وأن قوله في الجزية يخالف للاجماع قال الكرخي ما قاله أحد قبله ولا بعده ولا في عصره ووجه قوله القياس على الغنمة بجماع أنه مال ما خوذ من الكفار عن قوة من المسلمين واستدل المصنف بفعله عليه الصلاة والسلام فإنه أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حال دينارا ولم ينقل قط في ذلك أنه خمسة بل كان بين جماعة المسلمين ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة ومخالفة ما قضت به العادة باطل فوقوعه باطل بل قد ورد في خلافه وان كان فيه ضعف أخرجه أبو داود عن ابن لعدى بن عدى الكندي أن عمر بن عبد العزيز كتب الى من سأل عن مواضع الفاء أنه ما حكم به عمر بن الخطاب فرأ المؤمنون عدلا موافقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الاعطية وعقد لاهل الاديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغم وأما ما في السنن عن عمر كانت أموال بني النضير مما آفأ الله على رسوله مما لم يوجب المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على أهل بيته قوت سنة فأبقى جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله فعناه أن التصرف فيها كان اليه كيف شاء بل يؤيد ما ذكرنا أن مصارف بيت المال اذ ذاك لم تكن أكثر من نفقة الأئمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح نفقته هو عليه الصلاة والسلام اذ لم يكن اذ ذاك قضاء ولا جسور

وأجلاهم فجلا أي أخرجهم فخرجوا يتعدى ولا يتعدى (قوله والجزية) بالجر عطفا على الأراضي (قوله وقال الشافعي رحمه الله فيها) أي في الأراضي التي أجلاؤها الجزية وفي بعض النسخ فيها أي

عصمة قال (وما أوجب المسلمون عليه) يقال وجف الفرس أو البعير صدا رجيفا وأوجفه صاحبه ايحافا وقوله (وما أوجب المسلمون عليه) أي أجلاوها خيلهم وركابهم في تحصيله والجلاء بالغف والمدة الخروج عن الوطن أو الإخراج يقال جلا السلطان القوم عن وطنهم وأجلاهم فجلا أي أخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى وقوله (والجزية) بالجر عطفا على قوله الأراضي أي هو مثل الأراضي التي أجلاؤها الجزية ومثل الجزية وقوله (وقال الشافعي رضي الله عنه فيها) أي في الأراضي التي أجلاؤها وفي الجزية وفي بعض النسخ فيها أي الأراضي والجزية والخراج

قال المصنف (وما أوجب المسلمون عليه من أموال أهل الحرب) أقول أنت خير بأن هذه المسئلة ليست مما يتعلق بالمستأمن



(قوله ولأنه) أي ولأن ما

أوجف عليه المسلمون من المال وقوله (من غير قتال) يعني بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين (بغلاف الغنمة لأنه) أي الغنمة بتأويل المغنوم (مملوك) بسبيين وهما مباشرة الغنائم وقوة المسلمين (فاستحق الخس بمعنى) وهو الرعب (واستحق الغنائم الباقي بمعنى) وهو مباشرة الغنائم القتال (وفي هذا) أي فيما

أوجف المسلمون عليه (السبب واحد وهو ما ذكرناه) يعني قوله أنه مال مأخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لإيجاب الخس (قوله لما قلنا من قبل) أي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته في ملانها كافرة حربية الخ وقوله (وأما أولاده الصغار) ظاهر (قوله وما كان من مال أودعه مسلماً أودعها) أي ما قبل الإيداع لأنه إذا كان غصبياً أي بدعها يكون في العدم النيابة (قوله فلما قلنا) إشارة إلى قوله حريون كبار وليسوا باتباع (قوله وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ) وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ وقال الامام الشافعي رضي الله عنه يجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لأنه أراق دماً معصوماً لو جرد العاصم وهو الإسلام لكونه مستجباً للكرامة) وتحقيقه أن العصمة تثبت بكرامة تتعلق بماله أي في استحقاق

ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنمة لأنه مملوك بمباشرة الغنائم وبقوة المسلمين فاستحق الخس بمعنى واستحقه الغنائم بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلامعنى لإيجاب الخس (واذا دخل الحربي داراً بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاده صغار وكبار ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حريباً وبعضه مسلماً فأسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله في) أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لأنهم حريون كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملاً لما قلنا من قبل وأما أولاده الصغار فلان الصغار إنما يصير مسلمين تبعاً لآبائهم إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تبين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محررة بأحراره بنفسه لاختلاف الدارين فيبقى الكل قياً وغنمة (وان أسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون) تبعاً لأبائهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم أبا الدار واحدة (وما كان من مال أودعه مسلماً أودعها) لأنه في يد محترمة ويد كبدته (وما سوى ذلك في) أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا وأما المال الذي في يد الحربي فإنه لم يصير معصوماً لأن يد الحربي ليست يد محترمة (واذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ) وقال الشافعي يجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لأنه

ولا قناطر وأما نفقة الفقراء المجرمين فحقن نطقاً به كان يفعل ما تحققت له أدنى قدرة عليه وأما القيناس ففي تقرير المصنف دفعه وهو قوله (ولأنه مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنمة لأنه مملوك بكل من مباشرة الغنائم وقوة المسلمين فاستحق الخس بمعنى واستحق الباقي للغنائم بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه) من الرعب الخالي عن القتال فلم يكن له بعضه مستحقون ببعضين بل استحقاقه بجهة واحدة (قوله وإذا دخل الحربي داراً بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاده صغار وكبار ومال أودع بعضه ذمياً وبعضه حريباً وبعضه مسلماً فأسلم هنا) أي في دار الإسلام (ثم ظهر على البناء للمفعول) على دارهم فذلك كله في) أما المرأة والأولاد الكبار فأنهم حريون وليسوا باتباع (لذي خرج لأنهم كبار) وكذا ما في بطنها لو كانت حاملاً يكون قياً مرقوقاً (لما قلنا) في باب قسمة الغنائم من أنه خرجوها وأما أولاده الصغار فلان الصغار إنما يصير مسلمين تبعاً لآبائهم إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تبين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محررة بأحراره بنفسه بالاسلام (لاختلاف الدارين فيبقى الكل قياً فاما إذا أسلم في دار الحرب ثم جاء) البنا (فظهر على الدار) وباقي الصورة بمجالها (فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعاً لأبائهم لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم) ولو كان في بلدة أخرى غير البلدة التي هم فيها (إذا الدار واحدة وما كان له من مال أودعه مسلماً أو ذمياً فهو سالم لأنه في يد محترمة ويد كبدته) لأنه نائب عنه في الحفظ بخلاف مالو كان في يده ما غصبه فإنه يكون قياً لعدم النيابة وعند أبي يوسف ومحمد يجب أن لا يكون قياً إلا ما كان من غصب عند حربي وهو قول الأئمة الثلاثة وقد تمت هاتان المستلتان مع آخر بين في باب الغنائم مستوفى (قوله وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون) صاحبون لآبائهم القصاص والدية (فلا شيء على القتلى إلا الكفارة في الخطأ) وقال الشافعي يجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد) وهو قول مالك وأحمد (لأنه

في الثلاثة وهي الأراضية والحزبية والخارج (قوله ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير قتال) بل بوقوع الرعب في قلوب الكفار من قوة المسلمين فاستحق ما أوجف المسلمون عليه بسبب واحد وهو الرعب بقوة المسلمين كانت جهة واحدة ولم يتبع بعض استحقاقه ذلك كمال مال الزكاة والعشر فلم يصح حينئذ اعتباره الغنمة وقوله فاستحق الخس بمعنى وهو الرعب بقوة المسلمين واستحقه الغنائم بمعنى وهو مباشرتهم القتال (قوله وفي هذا السبب واحد) أي في المأخوذ بالإيجاب (قوله وهو ما ذكرناه) وهو قوله ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين (قوله فلما قلنا من قبل) أي في باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته في ملانها كافرة حربية لا تتبعه في الإسلام وكذا أهلها في ملانها جزؤها فيرقبها (قوله وما كان من مال أودعه مسلماً أودعها) لأنه في



الكرامات وهو الاسلام اذ به تحصل السعادة الابدية لا بالدار التي هي جاداً لا أثر لها في استحقاق الكرامة ومن أراق دماً معصوماً كان خطاً فيه الدية والكفارة وان كان عمداً ففيه القصاص كمن لو فعل ذلك في دار الاسلام (وهذا) أي وجوب الدية في الخطأ والقصاص في العمدانما كان مبنياً على وجود العاصم الذي هو الاسلام (لان العصمة أصلها المؤتممة لحصول أصل الزجر بها) فان من علم ان ياتم بقتل يترجعه نظراً الى الجبلية السلمية عن الميل عن الاعتدال (وهي ثابتة) فيما نحن فيه (اجماعاً) (٢٧٥) فانه لا فائيل بعدم الانتم على من قتل مسلماً الى

أي موضع كان (والعصمة المقومة كمال فيه) أي في أصل العصمة لانه اذا وجب الانتم والمسال كان ذلك أكمل وأتم في المنع من الذي وجب فيه الانتم دون المال فكانت العصمة المقومة وصلها اذا على العصمة التي هي المؤتممة (فتعلق بما خلق به الاصل) وهو العصمة المؤتممة والعصمة المؤتممة تعلق بالاسلام فالعصمة المقومة كذلك فوجب الدية والكفارة في قتل الحربى الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها (ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فقتلوه برقبته مؤتممة فانه في القتل الخطأ لم يستدل على منع القصاص في العمداء كغناء بما ذكر في المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى آفاض في تفاصيل موجبات القتل الخطأ فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فقتلوه برقبته مؤتممة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدر قواها وجب الدية والكفارة ثم قال فان كان أي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فقتلوه برقبته واقتصر عليه فعرف أنه تمام الموجب لانه مغيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو انما يقال موجه كذا ولم يرد عليه فكان كل الموجب والالم يكن بياناً للموجب بل لبعض موجهه وزاد المصنف

أراق دماً معصوماً (لوجوه العاصم وهو الاسلام) لكونه مستجاباً للكرامة وهذا لان العصمة أصلها المؤتممة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعاً والمقومة كمال فيه لكال الامتناع به فيكون وصفه فيقتل بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فقتلوه برقبته مؤتممة الآية جعل النحرير كل الموجب رجوعاً الى حرف الغاء والى كونه كل المذكور فينتفى غيره

أراق دماً معصوماً (بالاسلام) لكونه مستجاباً للكرامة وهذا لان العصمة أصلها (المؤتممة لحصول أصل الزجر بها) أي بالعصمة ولو قال به أي بالانتم لكان أحسن (و) (العصمة المقومة كمال فيه) أي في أصل العصمة (لكمال الامتناع به) أي بالتقوم على المنكح لها (فتعلق) هذه العصمة (بما علق به الاصل) أعنى المؤتممة وقال النبي صلى الله عليه وسلم فاذا قالوا هاعصموا مني دماءهم وأموالهم فتصرفوا بالعصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤتممة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فقتلوه برقبته مؤتممة فانه في القتل الخطأ لم يستدل على منع القصاص في العمداء كغناء بما ذكر في المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى آفاض في تفاصيل موجبات القتل الخطأ فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فقتلوه برقبته مؤتممة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدر قواها وجب الدية والكفارة ثم قال فان كان أي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فقتلوه برقبته واقتصر عليه فعرف أنه تمام الموجب لانه مغيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو انما يقال موجه كذا ولم يرد عليه فكان كل الموجب والالم يكن بياناً للموجب بل لبعض موجهه وزاد المصنف

يدعونه واما قد لا يباع لانه اذا كان غصباً في ايديهما يكون فينا لعدم النيابة وعند أي يوسف ومحمد رجما الله تعالى يجب أن لا يكون فينا الا ما كان غصباً عند حربى على قياس ما اذا أسلم الحربى في دار الحرب فلم يخرج حتى ظهر على الدار فالجواب فيه أن ما كان وديعة عند حربى أو غصباً عند مسلم أو ذمى أو ضائعاً فاهو في عند أبي حنيفة رجما لله وقال أبو يوسف ومحمد رجما لله لا يكون فينا كذا في الجامع الصغير ففخر الاسلام رحمه الله (قوله لكونه مستجاباً للكرامة) لان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بماله أثر في استحقاق الكرامات وهو الاسلام اذ به تحصل السعادة الابدية لا بالدار التي هي جاداً فلا أثر لها في استحقاق الكرامة (قوله لحصول أصل الزجر) ولهذا وجب الزجر الذي هو الكفارة بالعصمة المؤتممة بالاتفاق (قوله والمقومة كمال فيه) أي في أصل العصمة وذلك لانه لما وجب الانتم والمسال كان ذلك أكمل من الذي وجب فيه الانتم دون المال فتعلق الكمال وهو العصمة المقومة بما علق به الاصل وهو العصمة المؤتممة أي تعلق العصمة المقومة بالاسلام كما تعلق به العصمة المؤتممة فوجب الدية والكفارة في قتل الحربى الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر اليها (قوله ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فقتلوه برقبته مؤتممة) فالآية سبقت لبيان أنواع القتل وموجباته فوجب أولاً في المؤمن المطلق دية وكفارة لقوله تعالى وما كان المؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فقتلوه برقبته مؤتممة ودية مسلمة الى أهله ثم أوجب بقتل مسلم لم يهاجر اليها ككفارة لقوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن أي المقتول اذا كان من الكفار داراهو مؤمن فقتلوه برقبته ثم أوجب بقتل الذي هاجر دية وكفارة فدل ايحاج الكفارة فوجدنا فم لم يهاجر على أن لادية (قوله جعل النحرير كل الموجب رجوعاً الى حرف الغاء) لان الغاء تدخل على الجزاء والجزاء اسم للسكاف لانه

وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين أحدهما أنه ذكر بحرف الغاء فانه الجزاء اسم لما يكون كافياً فاذا كان كافياً كان كل الموجب ضرورة والثاني أنه كل المذكور حديث لم يذ كر غيره وذلك يقتضى انتفاء غيره لان قصد الشارع في مثله اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بالانحلال فلم يكن غيره من تنه هذا الحكم لذكركه في موضع البيان

(قوله والعصمة المؤتممة تعلق بالاسلام الخ) أقول لم يظهر مما ذكر كون وجود العاصم مبنياً على وجود العاصم الذي هو الاسلام (قوله

وقوله (ولان العصمة المؤتممة بالآدمية) دليل معقول على عدم الغصمة المقومة الموجبة للذينة في دار الحرب ومشملة على بيان أن الغصمة المقومة ليست بوصف كمال في العصمة المؤتممة فتكون تابعة لها وبيان ذلك ان الغصمة المؤتممة بالآدمية (لان الادنى خلق متحملاً لآباء التكليف) أي انقلها ومن خلق لشيء وجب عليه القيام (٢٧٦) به فالأدنى وجب عليه القيام بأعباء التكليف (والقيام بها بحرمة التعرض)

ولان الغصمة المؤتممة بالآدمية لان الأدنى خلق متحملاً لآباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها أما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقويم يؤذن بجبر الغائث وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم الغصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس لان الشرع أسقط اعتبار منعة الكفر فلما أنه أوجب ابطالها

وجها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله وجوعا الى حرف الغاء وقرر بان الغاء للجزء والجزاء هو الكافي يقال جزى فلان أي كفا وهو سهولان لفظ الجزء المجهول بمعنى الغاء لفظا اصطلاحيا أي جعله لأن اللغة وضعت لفظ الغاء بمعنى لفظ الجزء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الغاء الكافي بل المراد بقول الغاء للجزاء أي ذاته على أن ما بعده مسبب عما قبلها فسمى المسبب جزءا اصطلاحا لالغاة فليست اتم (ولان الغصمة المؤتممة) في الاصل (بالآدمية) لا بوصف الاسلام (لانه خلق متحملاً لآباء التكليف والقيام بها) لا يمكن الامع (حرمة التعرض له) وانما زالت بعراض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للالتفاف عنهم والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل فيها لا النفوس (لان التقويم يؤذن بجبر الغائث) ومن شرطه التماثل وهو في الاموال لا النفوس فكانت النفوس تابعة في الغصمة المقومة للاموال (ثم الغصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس لان الشرع أسقط اعتبار منعة الكفر) فوجب بطلانها فان قيل لو صح ما ذكرتم في المرد والمستماتن اذا قتلا في دارنا

ما خوذ من جزاء أي كفي فممتنع وجوب شيء آخر معه تغايبا عن الزيادة على ما هو كاف فن أوجب الدية جعل تخمير الرقبة بعض موجب القتل فيكون نسخا فان قيل تخمير الرقبة ان كان كل الواجب بهذا النص ولكنه بعض الواجب بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتعير برقبة مؤمنة وتؤدية مسلمة قلنا تخمير الرقبة جزء حقيقة والجزء الحقيقي لا يجوز أن يكون كلاً وبعضاً وانما يكون بعضاً بقضية نص آخر اذا كان ذلك النص ناسخاً لهذا النص ولا يمكن القول بالنسخ لان الآية ثلث بمرّة واحدة والناسخ والمنسوخ لا يردان معا ولو تصور النسخ فقلوه عدولكم متأخر فيكون ناسخاً للآية الاولى على أن هذا المؤمن غير داخل في تحت صدر الآية لانه أفرد له حكماً آخر لانه جعل كل الجزء الكفارة وفي صدر الآية جعل الكفارة بعض الجزء فلم يكن داخل تحت صدر الآية (قوله أو الى كونه كل المذكور) لان كل المذكور ههنا التعمير ولا غير والموضع موضع الحاجة الى البيان لانه شرع في بيان الواجب واقتصر بذكر التعمير فعلم به أن الواجب هو التعمير لا غير اذا السكوت في موضع الحاجة الى البيان بين بان ما هو المذكور كل الواجب ولا يلزم الانحلال في بيان صاحب الشرع وهو لا يجوز (قوله والقيام بها بحرمة التعرض) أي انما يمكنه القيام بتحمل اعباء التكليف اذا كان محرم التعرض ادلوم يكن محرم التعرض لا يمكن من اقامة التكليف (قوله لان التقويم يؤذن بجبر الغائث) ومعنى الجبر يتحقق في الاموال لان الغائث من ذوات الامثال يجبر بالصورة والمعنى وفي ذوات القيم يجبر بالمعنى وهو القيمة ثم الغصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان التقويم ينبئ عن خطر الحمل والخطر انما يثبت اذا كان ممنوعاً عن الاخذ فمما اتصل اليه الايدي ومما اتصل اليه الايدي بلامنازع ومدافع لا يكون خطيراً كالماء والقراب فكذلك في النفوس (قوله الآن الشرع) هذا جواب من قال المسلم الذي أسلم في دار

أي انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالأدنى وجب عليه أن يكون حرام التعرض مطلقاً الا أن الله تعالى أبطل ذلك في الكافر بعراض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل (والاموال تابعة لها) أي للآدمية التي ثبتت الغصمة المؤتممة لها لانها خلقت في الاصل مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الادنى من الالتفاف بها في حاجته فكانت تابعة للآدمي (أما الغصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقويم يؤذن بجبر الغائث) لان المتقوم هو الشيء الذي يكون واجب الابقاء والدوام بالمثل أو القيمة (وذلك) أي جبر الغائث (في الاموال دون النفوس) لانه انما يحصل بالمثل صور ومعنى أو معنى فقط ولما تالمه بين النفوس وما يجبر به للصورة ولا معنى على ما عرفت في الاصول فكانت النفوس تابعة (للاموال في الغصمة ومن هذا علم أن الغصمة المؤتممة أصل مستقل في شيء والغصمة المقومة أصل مستقل في شيء آخر وليس أحدهما بكمال

في الآخر ولا وصف رائد عليه ثم الغصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لانها عزة بالمنعة فالغصمة المقومة في الاموال بالمنعة والدار انما تكون بالمنعة فلهذا تعرض لذكرها واذا كانت الغصمة المقومة في الاموال بالمنعة فكذلك في النفوس لانها تابعة لها لما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب لان الشرع أسقط اعتبار منعة الكفر لما أنه أوجب ابطالها واذا لم يكن بمنعة لا يوجد الا حراز واذا لم يوجد الا حراز

هاذا كان كافياً الخ) أقول قد تمسك الشارح في سابقه بالاستقراء في كتاب الجلود ودرجته

لا توجد العصمة المقومة واذالم  
توجد العصمة المقومة لا يجب  
الدية وهذا في غاية التحقيق  
خلاؤه توهم أن لا على كوا  
أموالنا بالاحراز إلى الدار كما  
قال به الامام الشافعي رضي  
الله عنه ودفعه بان معنى قولنا  
ان الشرع أسقط اعتبار  
منعهم حال كونهم في دارهم  
وأما اذا وقع خروجهم الى  
دارنا وأحرزوا أموالنا باليد  
الحافظة والناقلة فقد  
استولوا على مال مباح كما  
وذلك لوجب الملك لا بحالة  
وقوله (والمتردد والمستأنس)  
جواب عما يقال انهما  
محرران بدار الاسلام ذاتا  
فوجب أن يتقوما ولم يتقوما  
حتى لا يجب الدية بقتلها  
وكون المستأنس من أهل  
دارهم حكما لقصد الانتقال  
ظاهر وأما المتردد فكذلك  
لانه يقصده هو بامن القتل  
وقوله (ومن قتل مسلما  
خطأ الخ) واضح واعترض  
على قوله وهو العامة أو  
السلطان بان المتردد في  
له ولاية القصاص بوجب  
سقوطه كافي المكاتب اذا  
قتل عن وفاء وله وارث  
وأجيب بان الامام ههنا  
نائب عن العامة فصار كان  
الولي واحد بخلاف مسئلة  
المكاتب  
\*(باب العشر والخارج)\*  
لما ذكر ما يصير به الحرب  
فمباشر في بيان الخارج  
\*(باب العشر والخارج)\*

والمتردد والمستأنس في دارنا من أهل دارهم حكما لقصد الانتقال اليها (ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له أو قتل  
حربيا دخل البناءا من فاسلم فالدية على عاقلة الامام وعليه الكفارة) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر  
بساتر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام أن حق الاخذ له لانه لا وارث له (وان كان عدافان شاء الامام قتله  
وان شاء أخذ الدية) لان النفس معصومة والقتل عدو الولي معلوم وهو العامة أو السلطان قال عليه الصلاة  
والسلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمده هو القود  
هنا وهذا لان الدية أنفع في هذه المسئلة من القود فلها كان له ولاية الصلح على المال (وليس له أن يعفو) لان  
الحق للعامة وولاية نظرية وليس من النظار اسقاط حقهم من غير عوض  
\*(باب العشر والخارج)\*

الدية أجاب بانهما (من أهل دار الحرب حكما لقصد الانتقال اليها) فلم يجب شيء وأما قوله صلى الله عليه  
وسلم عصموا مني دماءهم فنقول لاشك في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كمالها الا بدليل ولو سلمنا ذلك فقد قال  
عليه الصلاة والسلام لا يحق من حقه أن يكونوا في دارنا لا يكثر ون سواد العدو الآن هذا لا ينتهض في  
الاسير المسلم (قوله ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له أو قتل حربيا دخل دار الاسلام بامن فاسلم فالدية على عاقلة  
للإمام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة) بالاسلام وداره (خطأ ومعنى قوله للامام أن حق الاخذ له لانه  
لا وارث له) بالفرض لأن المأخوذ على كفه هو بل بوضع في بيت المال (وان كان) قتل المسلم الذي لا وارث له  
والمستأنس الذي أسلم ولم يسلم معه وارث قصدا ولا تبعان لم يكن معه ولد صغير دخل به البنا (عدا فان شاء  
الامام قتله وان شاء أخذ الدية) منه بطريق الصلح الجبر (لان موجب العمده عندنا القصاص عينا) الآن  
يتصلحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولي المقتول (قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من  
لا ولي له) وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية  
وان كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن فديود اليهم من قتله منقعة أخرى هي أن يترجأ مثاله عن قتل  
المسلمين فبري بما هو أنفع في رأيه وبما ذكرنا ظهر أن الاولى أن يقول وهذا لان الدية قد تكون أنفع والا  
كان يتعين الصلح منه عليها (وأما أن يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط  
حقهم من غير عوض) ولو كان المقتول لقيطاً فقتله الملتقط أو غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت  
المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عدافان شاء الامام قتله وان شاء صاحبه على الدية كالتى  
قبلها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عليه الدية في ماله ولا قتله لانه لا يخلو عن ولي كالأب ونحوه ان  
كان ابن رشدة وكلام ان كان ابن زنا فاشبهه من له حق القصاص فلا يستوفى كالمكاتب الذي قتل قبل أداء  
الكفارة وترك وفاء ولهما أنه لا يعلم له ولي ولا هو في مظنته واحتمال كونه له في نفس الامر لا يغيداذ لا ينتفع به  
فكان وجوده وعدمه في نفس الامر سواء لانه لا يقدر على الاتماع فيستوفى  
\*(باب العشر والخارج)\*

الحرب له منعة أيضا وهم الكفار فيكون محررا فقال بلى له منعة ولكن غير معتبرة لاننا ما ورون بابطال  
تلك المنعة (قوله والمتردد والمستأنس في دارنا من أهل دارهم حكما) هذا جواب شبهة ترد على قوله ثم العصمة  
المقومة بالاحراز بالدار بان يقال انهما محرران بدار الاسلام فيجب لهما النجوم ولم يجب حتى أن في  
قتلهما لا يجب الدية مع أنهم حافي دار الاسلام (قوله وان شاء أخذ الدية) أي بطريق الصلح لان موجب  
العمد القود عينا (قوله وهو العامة أو السلطان) فان قيل ترد من له ولاية القصاص بوجب سقوط  
القصاص كافي المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث قلنا الامام ههنا نائب عن العامة فصار كان الولي واحد  
بخلاف مسئلة المكاتب والله تعالى أعلم بالصواب  
\*(باب العشر والخارج)\*

الذي يجب عليه وذ كرا العشر استطاراد الان سبب كل واحد منهم ما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الواطن الاسلاميه والعشر ينضم العين أحد أجزاء (٢٧٨) العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض أو الغلام ثم سمي ما اخذه

قال (أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب الى أقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسود أرض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة خيلوان ومن الثعلبية يقال من العلت الى عبادان) لان النبي عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم ياتخذوا الخراج من أراضي العرب ولانه بمنزلة التي فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في قراهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه أن يقرأ أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وعمر حين فتح السواد وضع الخراج عليها فمخضر من الصحابة ووضع لما ذكر ما يصير به المستأن من ذميا ذكر ما ينوبه من الواطن المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج في أرضه ورأسه وفي تغاريعهما كثرة فاورد ههنا ما بين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان بعرض قريب ثم ذكر العشر فيه أيضا تنقيما لوطيقة الارض لانها السبب في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لان فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من غناء الارض أو غناء الغلام وسمي به ما اخذه السلطان من وظيفة الارض والرأس وحدد الاراضي العشرية وانخر اجمية أولا لانه حينئذ أضبط فقال (أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب) وهو ما لثيم وذ كرا ضمير الارض باعتبار خبره وهو لغطما في قوله ما بين العذيب (الى أقصى حجر باليمن) وفي بعض النسخ وهي على الظاهر وحجر بفتح الجيم واسكانه خطأ لان أبو يوسف قال حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة الى أقصى صخر باليمن فعرف انه حجر بالفتح والمراد الى آخره من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ومهرة حينئذ في آخر موضع من اليمن وقولهم من أول عذيب القادسية الى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة هذا طولها وغرضها من رمل يبرين والدهناء ويعرف برمل عالج الى مشارف الشام أي قراها وقد يعبر بمنقطع السماوة قال الكرخي وهي أرض الحجاز ونها مسنومة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزير لان بحر الحبش وبحر فارس والغرات أحاطت بها وسمي بحجازا لانه حجز بين نهامة ونجد (والسود) أي سواد العراق أي أرضه سمي به الكثرة انخضاره وحده (من العذيب الى عقبة خيلوان) عرضا (ومن العلت الى عبادان) طولاً (ويقال من الثعلبية الى عبادان) قبل هو غلط لان الثعلبية بعد العذيب بكثير اذا عرف هذا فارض العرب كلها عشرية (لانه عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين) بعده (لم ياتخذوا الخراج من أرض العرب) ولو فعله عليه الصلاة والسلام لغضت الغادة بقله ولو بطريق ضعيف فلما لم ينقل دل قضاء العادة على انه لم يقع (ولان شرط الخراج أن يقرأ أهلها) عليها (على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم الا الاسلام) ولا يقتلون ولانه كما لارق ذكر أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه في الامالي حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة الى أقصى صخر باليمن وهو مهرة وفي شرح القدوري قال الكرخي رحمه الله تعالى عليه أرض العرب كلها عشرية وهي أرض الحجاز ونها مسنومة واليمن ومكة والطائف والبرية يعني البادية وقد ظهر أن من روى الى أقصى حجر باليمن بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف لوقوع صخر موقعه والسواد أي أراضي سواد العراق وبه صرح الامام الثماني رحمه الله تعالى عليه يقال سواد الكوفة والبصرة أي قراها وسمي سواد العراق به لخضرة أشجاره وزرعه العذيب ماء التيم وحوان اسم بلد والثعلبية من منازل البادية وتوضعها موضع العلت في حد السواد خطأ العلت بفتح الغين وسكون اللام قرية موقوفة على العلوية وهو أول العراق شرقي حوض صغير على شط البحر (قوله وهو ما بين العذيب الى أقصى حجر باليمن بمهرة) وهذا طوله) وقوله بمهرة تفسير قوله الى أقصى حجر وأما عرضه فهو ما بين يبرين والدهناء ورمل عالج الى مشارف الشام ومهرة بفتح الميم وسكون الهاء أبو قبيلة وسمي به ونسبت الابل المهرية الى ذلك الموضع (قوله والسواد أرض خراج) وهو ما بين العذيب الى عقبة خيلوان هذا عرضه (قوله ومن العلت الى عبادان) هذا طوله كذا في النهاية (قوله

السلطان خراجا يقال أدى فسلان خراج أرضه وأدى أهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية والعذيب ماء التيم والحجر بفتحين بمعنى الصخر لانه وقع في امالي أبي يوسف الصخر موضع الخراج ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمي ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلا من قوله باليمن وهذا طولها ومن يبرين والدهناء ورمل عالج أسماء مواضع الى مشارف الشام أي قراها عرضها والسواد أي أراضي سواد العراق أي قراها سمي بالسواد لخضرة أشجاره وزرعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة خيلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهي منازل البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طوله وقيل في موضع الثعلبية العلت بفتح الغين وسكون اللام وهي قرية موقوفة على العلوية وهو أول العراق شرقي دجلة وكلامه واضح (قوله وذكر العشر استطاراد الخ) أقول فيه

على

عنونة الباب بما ليس مقصودا منه وقد استقصاه الشريف الخرجاني في أول مباحث اليكليات من حاشية المطالع (قوله الى مشارف الشام) أقول المشارف بالغاء

على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت العصابة على وضع الخراج على الشام قال (وأرض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) لان الامام اذا فتح أرضا عنوة وقهره ان يقرأ أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال (وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغائمين فهي أرض عشر) لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لمسايقه من معنى العباداة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج (وكل أرض فتحت عنوة فافقر أهلها عليها فهي أرض خراج) وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج

على العرب فكذلك الخراج على أرضهم وسواد العراق المحدث كور خراسي (لان عمر رضى الله عنه وضع عليه الخراج بمحض من العصابة) وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين وانما يحتاج الى ذلك في تقدير الموضع وقوله (ووضع على مصر الخراج) أسند الواقدي الى مشيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح ما فيها وعزل منه غنائم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم ثم كتب الى عمرو بن الخطاب يرضى الله عنه بذلك وأسند ايضا الى عمرو بن الحارث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجها الى عمرو رضى الله عنه كل سنة بعد حبس ما يحتاج اليه موافقة استبطاءه عمر في الخراج سنة فكتب بكتاب يومئذ عليه هذا يخالف ما ذكره بعض الشارحين من ان مصر فتحت صلحا على يد عمرو ابن العاص وأما وضع الخراج على أرض الشام فعرف قيل ومسند الشام فتحت صلحا وأراضيها عنوة على يد يزيد بن أبي سفيان وشرح جليل بن حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت أجناد بن صلح في خلافة أبي بكر رضى الله عنه وفي دالها الغنم في المشهور والكسر (قوله وأرض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم وتصرفهم فيها) فيها بالزمن والمهبة (لان الامام اذا فتح أرضا عنوة ان يقرأ أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤسهم الجزية فتبقى الارض مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل) في باب قيمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي وأحد أنهم موافقة على المسلمين فلا يجوز لاهلها هذه التصرفات (قوله وكل أرض أسلم أهلها) عليها فاحرزوا ملكهم فيها (أو فتحت عنوة وقسمها بين الغائمين فهي عشرة لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لان فيه معنى العباداة ولانه أخف حيث يتعلق) الواجب (بنفس الخارج) فلا يؤخذ ما يمكن خارجا فهو أليق بالمسلم (وكل أرض فتحت عنوة وأقرأ أهلها عليها فهي أرض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به) لان فيه معنى العقوبة للتعليق بالتمكين من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر نذكره في آخر الفصل ان شاء الله تعالى (ومكة مخصوصة من هذا) العموم (فانها فتحت عنوة) على ما أسلفناه في باب الغنائم وقسمتها على الايشك معها انها فتحت عنوة (ولم يوظف عليها خراجا) ولخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم أخرجه مسلم عن أبي هريرة رضى الله عنه انه ذكر فتح مكة فقال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير رضى الله عنه على احدى المجبتين وبعث خالد بن الوليد على المجينة الاخرى وبعث أبا عبيدة على الجسر وأخذوا من بطن الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبة قال فنظروا الى وقال بأباهريرة قالت لبيك يا رسول الله قال اهتفلى بالانصار فلا ياتنبي الانصارى فهتف بهم فجاؤا فاطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم وبعث قريش أو باشا فقال لهم ألا ترون الى أو باش قريش وأتباعهم ثم قال بيدى ففرض باحداهما على الاخرى وقال احصدوهم حصدا حتى توافوني على الصفا قال أبو هريرة فانطلقنا فاشاء احدنا أن يقتل من شاء منهم الا قتله الحديث بطوله فاضم هذا الى ما هنالك وقد ذكر القتي مفتح عنوة وصلحهم بالبلاذ فذكر ان الاهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة لعمر رضى الله عنه على يدى أبي موسى وعثمان بن أبي العاص وعتبة بن غزوان وكانت أصبهان على يدى أبي موسى خاصة وأما والخراج أليق به) لان في الخراج معنى العقوبة ولان فيه تغليظا حتى أنه يوجب ان لم يزرع والكافر أليق

وقوله (قدمناه من قبل)  
يعنى في أول باب الغنائم  
(قوله والخراج أليق به)  
يعنى من حيث ان فيه  
معنى العقوبة وان فيه  
تغليظا لوجوبه وان لم يزرع  
والكافر أليق بالعقوبة  
والتغليظ وكان القياس  
في أرض مكة أن تكون  
خراجية لانها فتحت عنوة  
أى قهر السكّن رسول الله  
صلى الله عليه وسلم لم يوظف  
عليها الخراج وكلاهما على  
العرب فكذلك الخراج في  
أرضهم

(وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت غنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي أرض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر) لان العشر يتعلق بالارض النامية وغناؤها بما فيها يعتبر

خراسان ومرو وروقتنا صلحاني خلافة عثمان على يدى عبد الله بن عامر بن كرز وأما ما وراء هما فافتتح بعد عثمان على يد سعيد بن عثمان بن عفان لما وية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارى بعد ذلك على يدى المهلب ابن أبي صفرة وقتيبة بن مسلم وأما الرى فافتتحها أبو موسى في خلافة عثمان صلحا وفي ولايته فتحت طبرستان على يدى سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمر بن العلاء والطالقان ودياب وندسنة سبع وخسين ومائتا وأما البحرين ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحهما عبد الله بن عامر في خلافة عثمان صلحا وافتتح الجبل كله غنوة وفي وقعة جلولاهما وند على يدى سعد والنعمان بن مقرن وأما الجزيرة فتحت صلحا على يدى عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة وأما هجر فادوا الجزيرة الى الرسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل وأما اليامه فافتتحها أبو بكر رضى الله عنه وأما الهند فافتتحها القاسم ابن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين (قوله وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت غنوة فوصل اليها ماء الانهار الخ) قد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما في القدرى والجامع أو زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدرى وفي الجامع الصغير الى آخره وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدرى كل أرض فتحت غنوة فافر أهلها عليها فهي أرض خراج مطلق فهو أعم من أن يصل اليها ماء الانهار أو لا يصل بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها بان يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع أن الارض التي أفر أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو ماء السماء لم تكن الاخر ايجابية لأن أهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم أرض عشرية ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو ماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونهما عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك أما في الابتداء فهو أيضا عنه والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة قال كل أرض فتحت غنوة بالقتال فصارت أرض خراج وكل شيء يصل اليها ماء الانهار فهي أرض خراج وكل شيء يصل اليها ماء الانهار فهي أرض عشر عين فهي أرض عشر والارض التي أسلم أهلها عليها فهي أرض عشر فقوله وكل شيء يصل اليها ماء الانهار فهي أرض خراج عطف على كل أرض فتحت غنوة والعطف بوجوب المغايرة فيصير المعنى وكل أرض فتحت غنوة صارت أرض خراج وكل أرض لم تغن غنوة ووصفها أنها يصل اليها ماء الانهار فهي أرض خراج وحاصله تقسيم أرض الخراج الى ما يفتح غنوة والى ما لم يفتح غنوة لكنها تسقى بماء الانهار نعم يجب تقييد الاول بان يفر أهلها عليها بالضرورة وكان هذا معلوم اذا يبتدأ المسلم في أول الغنق فقط بتوظيف الخراج في الاراضى المقسومة كما يجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية ما لم تكن حوالها الانهار العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التي فتحت غنوة ان أفر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد الارض التي أحياها محي فان التي فتحت غنوة مما يبتدأ فيها التوظيف غير المقسومة والمقرر أهلها عليها ليس الاموات التي أحيتت ويصير المعنى كل أرض فتحت غنوة صارت أرض خراج اذا أقام أهلها عليها وكل أرض لم تغن غنوة بل أحياها مسلم ان كان صفتها أنها يصل اليها ماء الانهار فهي خراجية أو ماء عين ونحوه فعشر يتوهذا قول محمد وهو قول أبي حنيفة ولو شرحه هكذا استغنى به عن ذكر المسئلة التي تليها فانها هي وحاصلها أن محمد قال فمن أحيا أرضا ميسرة يترحفرها أو عين استخرجها أو ماء ودجلة والفرات أو باقى الانهار العظام التي لا يملكها أحد أو بالمطرف فهي عشرية يتوان أحياها بماء الانهار التي شققتها الا عاجم مثل نهر الملك ونهر زجر وهو ملك من العجم فهي خراجية لان الاعتبار في بالعقوبة ومكة مخصوصة من هذا وكان القياس في أرض مكة أن تكون خراجية لانها فتحت غنوة لكن رسول

(قوله وفي الجامع الصغير الى قوله فهي أرض خراج) يعني سواء قسمت بين الغنائين أو أفر أهلها عليها وذكر لفظ الجامع الصغير لهذه القائدة (قوله ومن أحيا أرضا ما نأفهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها) قبل هذا الاطلاق بحول على المقيد وهو ما اذا كان المحي مسلما وما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت من حيز أرض العشر واذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب أن يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بأنه اذا لم يكن منه صنيع يقتضى ذلك وهو السقي من ماء الخراج اذا لم يخرج جسر المقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حتمه المقاتلة والماء الذي حتمه المقاتلة ماء الخراج فلها يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج الى هذا أشار شمس الأئمة

(قوله وهو السقي من ماء الخراج الخ) أقول لا يخفى عليك أن هذا الكلام انما يناسب مذهب محمد والا فابو يوسف لا يعتبر السقي من ماء الخراج فلا وجه لاراده في هذا المقام ظاهرا قنأمل



(قوله والبصرة عنده عشرة) جواب اشكال بردي على قول أبي يوسف فيما ذكر (٢٨١) أن الاحياء في حيز الارض الخارجية

يجعل الارض خارجية  
والبصرة في حيز الارض  
الخارجية وان احياءها  
مسلم يجب عليه العشر  
ووجهه أن القياس ذلك  
لكن قوله ذلك باجماع  
الصحابه (قوله لأن حيز  
الشيء يعطى له حكمه) دليل  
أبي يوسف على مذهبه (قوله  
كغناء الدار) يعني فناء الدار  
يعطى له حكم الدار في حق  
الانتفاع وان لم يكن الغناء  
ملوكا كالمالك الدار لا اتصاله  
بملكه فكذلك احياءها تعطى هذه  
الارض المحيطة بحكم جوارها  
لا اتصالها به ولا يظن في إعادة  
قوله وكان القياس في  
البصرة ان تكون خارجية  
تكرار لان الاول رواية  
القدوري والثاني ذكره  
شرحا لذلك ونهر الملك على  
طريق الكوفة من بغداد  
وبزج ذلك من مملوك  
العجم (قوله لما ذكرنا من  
قبل اشارة الى قوله لان  
العشر يتعلق بالارض  
النائمة ونماؤها بما فيها  
قال (والخراج الذي وضعه  
عمر رضي الله عنه) اعلم أن  
الخراج على نوعين خراج  
وظيفة وهو أن يكون  
الواجب في النمة يتعلق  
بالتمكن من الانتفاع  
بالارض (في كل حيز)  
وهو أرض طواهاستون  
ذراعا وعرضهاستون ذراعا  
الملك كسرى وهو يزيد على  
ذراع العامة بقبضة (قنير

السقي بماء العشر أو بماء الخراج قال (ومن احياء أرضا ما انتهى عند أبي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت  
من حيز أرض الخراج) ومعناه بقربه (فهو خارجية وان كانت من حيز أرض العشر فهو حيزية) عشرة  
والبصرة عنده عشرة باجماع الصحابة لان حيز الشيء يعطى له حكمه كغناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز  
لصاحبها الانتفاع به وكذلك يجوز أخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة أن تكون خارجية لانها  
من حيز أرض الخراج الآن الصحابة وطفقوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم (وقال محمد ان احياءها  
يتر حيزها أو بعين استخراجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الانهار العظام التي لا يمكنها أحد فهو حيزية) عشرة  
وكذا ان احياءها بماء السماء (وان احياءها بماء الانهار التي احتقرها الاعاجم) مثل نهر الملك ونهر بن جود  
(فهو حيزية) لما ذكرنا من اعتبار الماء هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم  
كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه قال (والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد  
من كل حيز يبلغه الماء قنيرها شمي وهو الصاع

مثله لانه السبب للنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر السقي لان  
السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فتصير خارجية عليه (وعند أبي يوسف تعتبر بحيزها) أي بما يقرب  
منها (فان كانت من حيز أرض الخراج أي بقربه فخرارية أو أرض العشر فعشرية) لان القرب من  
أسباب التجميع فترجع كونها خارجية بالقرب من أرض الخراج وعشرية كذلك وأصله أفنية الدور  
أعطى له في النسر حكمها حتى جاز صاحب الدار الانتفاع بغنائها وهو غير مملوك له ومن أجل أنه حق  
الانتفاع لو قال المستأجر لا جراه هذا فاني لا يس في فيه حق الحفر ولكن احفر واخفر وافلاضمان  
عليهم في الاستحسان بل على المستأجر لان كونه فناء بمنزلة كونه مملوكا فاني لا اريد في التصرف من  
القاء الطين والحفر وروبط الدابة غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابط فانها عشرية عنده وان  
كانت من حيز أرض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كذلك كره أبو عمر بن عبد البر وغيره  
فترك القياس فيها لذلك هذا وقد ظهر من قوله ولأنه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الى آخره أن المراد  
بموضوع المسألة أعنى قوله ومن احياء أرضا ما انتهى عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج أو العشر وظهر  
سقيت عند محمد بماء السماء أو نحوه أو لا وسواء كانت عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج أو العشر وظهر  
منه أيضا أن كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كذلك كره محمد في الزبادات هو فيما اذا لم يكن منه منسح  
يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لأن الخراج جزء المقتالة على حياتهم فناسقي بما جوه ووجب فيه  
(قوله والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه) على أهل السواد من كل حيز يبلغه الماء قنيرها شمي وهو  
الصاع) ثمانية أوطال خلافا لأبي يوسف نص على أنه الصاع أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف حدثني  
السري عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة وعطى الرطبة خمسة وعطى كل  
أرض يباغها الماء غلعت أولم تعمل درهمها وختوما قال عمر هو الجاهل وهو الصاع انتهى وعمر هو الشعبي  
وقال محمد في الاصل فما كان من أرض الخراج من عامر أو عامر مما يباغها الماء مما يصلح لزراعة في كل حيز  
قنير ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه كله سوا وفيه كل سنة قنير ووردهم  
في كل حيز زرع والقنير قنير الجاهل وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد النبي صلى الله  
عليه وسلم ثمانية أوطال والمراد من القنير المأخوذ قنير مما زرع حنطة أو شعير أو عدسا أو ذرة قاله الطحاوي  
واستحسن والدرهم ما وزن سبعة والمراد من الجريب أرض طولهاستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك  
كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لان ذراع العامة ست وقوله في الكافي ما قبل  
الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس يتقدر لازم في الاراضي كلها بل حيز الارض

ان الله عليه السلام لم يوظف عليها الخراج وكذا لا يرد على العرب فكذلك لا يخرج على أراضيهم (قوله نهر الملك) على  
طريق الكوفة من بغداد ويزج ذلك من مملوك العجم الجريب أرض طواهاستون ذراعا وعرضهاستون



ودرههم ومن حريب الرطبة خمسة دراهم ومن حريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يسمع سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا عليه فسمع قبلغ ستا وثلاثين ألف ألف حريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحض من الصحابة من غير تكبير فكان اجماعا منهم

يختلف باختلاف البلدان فيجب في كل بلد متعارف أهله يقتضى أن الجريب يختلف قدره في البلد ان ومقتضاه أن يقد الواجب وهو فقير ودرههم مع اختلاف المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل الجريب بما يبيد فيه مائة وقليل ما يبيد فيه من الجنة ستون مناو قيل خمسون في ديارهم والمعلول عليه ما في الهداية وغيرها وأما حريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شيء فيه من الخراج (وفي حريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه) فبعد الاتصال يغيد أنهم لو كانت متفرقة في جوانب الأرض ووسطها مزرعة فلا شيء فيها بل المعتبر وطبيعة عمر رضي الله عنه في الزرع وكذا لو غرس أشجارا غير مثمرة ولو كانت الأشجار ملتفة لا يمكن زراعتها أرضها فهي كرم ذكره في الظهيرية وفي شرح الطحاوي لو أنبت أرضه كرم فاعليه خراجها إلى أن يطعم فإذا طعم فان كان ضعف وطبيعة الكرم ففيه وطبيعة الكرم وان كان أقل فنصفه إلى أن ينقص عن فقير ودرههم وان نقص فعليه فقير ودرههم وفي رواية عليه وطبيعة الأرض إلى أن يطعم الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك فقال (انه بعث عثمان بن حنيف حتى يسمع سواد العراق) وهو الذي آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن أبي طالب رضي الله عنهم ما حين آخى بين المهاجرين والانصار (وجعل حذيفة مشرفا عليه فسمع قبلغ ستا وثلاثين ألف ألف حريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير فكان اجماعا منهم) قال شارح في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سهو بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا أي وضع الخراج ولا يخفى أن مرجع اسم الإشارة الست وثلاثون ألف ألف أي وضع على الجربان المقادير التي ذكرناها ولا سهو ينسب إلى قائل هذا وقد تقدم رواية أبي يوسف به وهو منقطع لأن الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه واعلم أن الرواية عن عمر اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيافي عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب أرض يبلغ المائة عامر أو غامر درهما وفقير من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وخمسة أفقر من طعام وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أفقر من طعام وعلى السكر وعلى الكرم وعلى كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أفقر ولم يضع على النخيل شيئا جعله تبع للأرض ثم حدث عن أبي اسامة عن قتادة عن أبي مجلز قال بعث عمر عثمان بن حنيف على مساحة الأرض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة دراهم وعلى جريب النخيل ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البرار بعقد دراهم وعلى جريب الشعير درهمن وقال أبو عبيد في كتاب الأموال حدثنا هشيم بن بشير أنبأنا العوام بن حوشب عن إبراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فسان الحديث بطوله إلى أن قال فسمع عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل النمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب القصب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البرار أربعة وعلى الجريب من الشعير درهمن وفيه قال فأخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضى به فقدر أيت ما هنما من الاختلاف ومالك رحمه الله يغتبر بأجارة الامام لأنها واقف على المسلمين عنده فتغرض إلى أجارته كما هو الرسم الآن في أراضي مصر فان المأخوذ الآن بدل أجارة لخراج الأتري أن الأراضي ليست مملوكة للزراع وهذا بعد ما قلنا ان أرض مصر

على ما ذكر في شرح  
الطحاوي (ودرههم)

بذراع الملك كسرى يزيد هو على ذراع العامة بقبضة كذا ذكره الامام الثوري تأييد الله في المغرب الذراع المكسرة ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك بقبضة كذا

ولأن المون متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها قال (وماسوى ذلك من الانصاف كالزعفران والبستان وغيره بوضع عليها بحسب الطاقة) لأنه ليس فيه توظيف عمر وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية العاقبة أن يبالغ الواجب نصف الخارج لا يزداد عليه لأن التصنيف عين الانصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغائبين والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار أخرى في ديارنا وطفقوا من الدراهم في الأراضي كلها وترك كذلك لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان قال (فإن لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام) والنقصان عند قلة الربع جائز بالاجماع ألا ترى إلى قول عمر لعليكم بالتمسك بالأرض ما لا تطيق فقال لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لا طاق وهذا يدل على جواز النقصان وأما الزيادة عند زيادة الربع يجوز عند اعتبارها بالنقصان وعند أبي خراجه والله أعلم أنه لموت المال بين شيئين غير اختلاف ورثة فصارت البيت المال وينبغي على هذا أن لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لأن نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا بضرورة عدم وجود ما ينفعه سواء فلذا كتبت في فتوى رفعت الى في شراء السلطان الأشرف برسباي رحمة الله لا أرض من ولاه نظار بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكنت اذا كان بالمسلمين حاجته والعباد بالله جاز ذلك وأجد في رواية كمالك وفي رواية في كل حريب حنطة أو شعير درهم والباقي كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع بعضها أقل وبعضها أكثر لتفاوت الربع في ناحية مع ناحية وما قلنا أشهر رواية وأرقق بالريعية ثم ذكر المصنف المعنى في اختلاف الوظيفة فقال (ولأن المون متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة) لأنه يبقى على الابد بلا مؤنة وأكثرها ربحا (والمزارع) أقلها ربحا (وأكثرها مؤنة) لاحتياجها الى البذر ومون الزراعة من الحرث والحصاد والدياس والتنزيه في كل عام (والرطاب بينهما) لأنها لا تدوم دوام الكرم ويتكافى في عملها كل عام فوجب تعاون الواجب بتفاوت المؤنة أصله قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء فغلبه العشر وما سقي بغرب أو دالية فغلبه نصف العشر (قوله) وماسوى ذلك أي من الأراضي التي فيها أصناف غير ما وظيف فيه عمر رضي الله عنه (كالزعفران) والنخل الملتفة (والبستان) وهو أرض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة (بوضع على ذلك بحسب الطاقة) فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزداد على الكرم وعلى حريب الزعفران كذلك ينظر في ذلك كله الى غلاتها فإن لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر حراج الزرع أو الرطبة يؤخذ حراج الرطبة أو الكرم فالكرم وانما ينتهي الى نصف الخارج (لأن التصنيف) بعدما كان لنا أن نقلهم ونملك وقاب الأراضي والاموال (عين الانصاف) (قوله) فإن لم تطق ما وضع عليها) بأن لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الى نصف الخارج كذا أفاده في الخلاصة حيث قال فإن كانت الأراضي لا تطيق أن يكون الحراج خمسة بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى وفي هذا الفرق بين الارضين التي وظيف عليها عمر رضي الله عنه ثم نقص زلها ووضعفت الآن أو غيرها أو أجمعوا أنه لا يجوز الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في الأراضي التي وظيف فيها عمر رضي الله عنه أو امام آخر مثل وظيفة عمر ذكره في السكافي وأما في بلدلو أراد الامام أن يتسدى فيها التوظيف فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يزيد وقال محمد وهو قول مالك وأحمد ورواية عن أبي يوسف وقول الشافعي له ذلك ومعنى هذا إذا كانت الأرض التي فعت بعد الامام عمر رضي الله عنه تزور الخنطة فأراد أن يضع عليها درهمين وتغير زواهي تطبيقه ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان وهذا يؤيد ما ذكرته من حمل الارض في قوله فإن لم تطق ما وضع عليها على ما يشمله أرض عمر رضي الله عنه ومنعه أبو يوسف بأن عمر رضي الله عنه لم ذكر الامام التمر ناشى ورحمة الله تعالى عليه وكانت ذراعه سبع قبضات وقيل هذا كناية عن حريتهم في

(قوله فالكرم أخفها)  
يعنى وأكثرها ربحا لا يبقى  
على الابد بلا مؤنة (والمزارع  
أكثرها مؤنة) لاحتياجها  
الى الزراعة والقاع البذر في  
كل عام (والرطاب بينهما)  
لأنها تبقى أعواما ولا تدوم  
دوام الكرم فكانت  
مؤنتها فوق مؤنة الكرم  
ودون مؤنة المزارع وخارج  
مقاسمة وهو أن يكون  
الواجب شيئا من الخارج  
كالخمس والسدس ونحو  
ذلك (لأنه ليس فيه توظيف  
عمر) فنعتبر فيه الطاقة كما  
اعتبرها في الموطف ومن  
الانصاف ان لا يزداد على  
النصف (قوله والبستان كل  
أرض يحوطها حائط) ظاهر

(وان غلب على أرض الخراج الماء) (٢٨٤) وأما قطع عنها فلاخراج عليه) بالاتفاق (لانه فان التمكن من الزراعة وهو النماء

يوسف لا يجوز لان عمر لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة (وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو أصطلم الزرع آفة فلاخراج عليه) لانه فان التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج وفيما اذا أصطلم الزرع آفة فان النماء التقديرى فى بعض الحول وكونه نامياً فى جميع الحول شرط كفى مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخراج قال (وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكن كان ثابتاً وهو الذى فوته

بزد حين أخبر بزيادة طاقة الأرض فى البخارى من حديث عمرو بن ميمون أخاف أن تكون حلتما الأرض ملائط قال حلتما أسراهم له مطقة ما فيها كبر فضل وروى عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن علي بن الحكم البنائى عن محمد بن زيد عن إبراهيم قال جاء رجل الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال أرض كذا وكذا يطبقون من الخراج أكثر مما عليهم فقال ليس اليهم سبيل (قوله) وان غلب على أرض الخراج الماء وانقطع الماء عنها أو أصطلم الزرع آفة فلاخراج عليه) أمافى غلبة الماء أو انقطاعه (فلاانه فان التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج) وأمافى الاصطلام فلقوت (النماء التقديرى فى بعض الحول وكونه نامياً فى جميع الحول شرط كفى مال الزكاة أو يدار الحكم على حقيقة الخراج عند الخروج) لان التمكن من الزراعة قائم مقام فادوا جداً بالاصل بطل اعتبر الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم أن أكثر المشايخ جازوا المذكور فى الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما ذالم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة نائماً فان بقي لا يسقط الخراج لانه عطلها وفى الفتاوى الكبرى تكاها أن المعتبر فيه زراعة الحنطة أو الشعير أم أى زرع كان وان المعتبر مدة ترك الزرع فيها أو مدة يبلغ الزرع فيها مبلغاً يكون قيمته ضعف الخراج والقوتى على أنه مقدر بثلاثة أشهر وهو لا ينافى الوجه الثانى لان إدارة الحكم على حقيقة الخراج ان أسقط الواجب منه لا يمنع الإيجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان وأما لوجه الاول فصرح فى نفي الوجوب وان بقي امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كبر من المشايخ هذا واعادوا الزرع تستدعى مؤناً كالاول فان أخرج شيئاً فقصاراه أن يبق بالخراجين فأخذ الخراج اذ لم يزرع والحالة هذه تخير أصل مال الزارع وكذا ان زرع (قوله) وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة) كان ثابتاً وهو الذى فوته (أى قوت الزرع وهذا

أراضهم وليس بتقدير لازم فى الاراضى كلها بل حريب الاراضى يختلف باختلاف البلدان فمعتبر فى كل بلد متعارف أهله فالمراد بالغير الصاع وهو ثمانية أرباط أو أربعة أمناة خلافاً لىوسف رحمه الله تعالى عليه وهو يكون من الحنطة أو الشعير وفى شرح الطحاوى قفير بما يزرع فيها الرطبة بالفتح الاسفست الرطب النضيل المتصل الذى اتصل بعضها ببعض على وجه يكون كل الأرض مشغولة بها (قوله) أو أصطلم الزرع آفة) فلاخراج عليه لانه مصاب فيستحق المعونة ولو أخذناه بالخراج كان به استصلاؤه ومما جدم من سيرالا كاسرة أنهم كانوا اصطلم الزرع آفة يردون على الدهاقين من خرائنهم ما انفقوا ويقولون التاجر شريك فى الخسران كما هو شريك فى الربح فان لم يرد عليه شيئاً فلا أقل من أن لا يأخذ منه الخراج وهذا بخلاف الاحرفاه يجب تقدير ما كانت الأرض مشغولة بالزرع لان الاجر عوض المنفعة فيقدر ما استوفى من المنفعة صير الاجر ديناً فى ذمته فاما الخراج فصلة واجبة بقدر ريع الأرض فلا يمكن إيجابه بعد اصطلم الزرع آفة لانه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الأرض بخلاف ما اذا عطلها حيث لا يسقط خراجها لانه هو الذى اختار ترك الاستغلال والانتفاع بها وقصد بذلك اسقاط حق مصارف الخراج فرد عليه قصده وفى الفوائد الظاهرية الفرق بين الاجر والخراج مع أن كل واحد منهما متعلق بالتمكن وهو أن الاجر يجب شيئاً فشيئاً بمقابله اذ جاء المنفعة ولا كذلك الخراج لانه لا يجب شيئاً فشيئاً فتعتبر المكنة فى المدة التى يحصل فيها الربح ثم قال هذا اذا ذهب كل الخارج أما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله ان بقي مقدار درهمين وقفير بن يجب الخراج لانه لا يرد على نصف الخراج وان بقي أقل من مقدار الخراج يجب نصفه قال مشايخنا رحمهم الله ما ذكر فى الكتاب أن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان يزرع الأرض نائماً أما اذا بقي فلا يسقط الخراج قال

التقديرى المعتبر فى الخراج وفيما اذا أصطلم الزرع آفة) أى استصله حرشيداً أو برد شديد أو نحو ذلك فلاخراج أيضاً (لانه فان النماء التقديرى) الذى أقيم مقام النماء الحقيقى (فى بعض الحول وكونه نامياً فى جميع الحول شرط كفى مال الزكاة) فان من اشترى جارية للتجارة فضى عليها ستة أشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة لانها لم تبق نائمة فى جميع الحول (أو) يقال (يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخراج) يعنى أن النماء التقديرى كان قائماً مقام الحقيقى فلما وجد الحقيقى تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فهلك معه الخراج فان قيل اذا استأجر أرضاً للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم تسقط الاجرة فى الفرق بينه وبين الخراج أجيب بان الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخراج اذا صلحت الأرض للزراعة فاذا لم يخرج شئ جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخراج فجاز إيجابه وان لم يخرج ثم قال مشايخنا ما ذكر فى الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان يزرع الأرض نائماً أما اذا بقي فلا يسقط الخراج قال

(وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) اذا عطل الأرض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لانه التمكن كان ثابتاً وهو الذى فوته قالوا

قالوا من انتقل الى أخس الامر من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتو به كذا لا يفتو بالظلمة على أخذ أموال الناس (ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤه على الملم (ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذي يؤخذ منه الخراج) لما قلنا وقد صح ان الصعابة اشترى أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها بشرط التمكن كما يشبهه قوله لان التمكن كان ثابتا فاما اذا لم يتمكن لعدم قوته وأسبابه فلا امام أن يدفعها لغيره مزارعة أو يأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي أو يؤجرها أو يأخذ الخراج من الاجرة أو يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها خراج المسنة المستطحة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم يأخذ الخراج من المشتري وهذا وان كان نوع حجر فقيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكارى والغاس والغائب الجاهل ولو وقع البيع في أثناء السنة فان بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عدا ذلك يوسف أنه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال فريض العمل فيها صحح أيضا ومن فرغ ذلك (ما اذا انتقل الى أخس الامر من غير عذر) بان كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا (أخذ منه ايج الاعلى) وهو الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة) على المسلمين قالوا لا يعني به المالك فيمن تسقط الظلمة على أموال المسلمين اذ يدعى كل ظالم أن أرضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب (قوله ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذلك باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لما لك في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لغيره من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله (لما قلنا) من أن فيه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالغسر والارض لا تتحول منها بقاء ما تقرر واجبا أولى ولان وضع عمر رضي الله عنه بموافقة جماعة من الصعابة ما كان الاليجد الذين يجيئون من المسلمين بعد أهل الفتح يسد حاجتهم وفتح هذا الباب يؤدي الى فوات هذا المقصود فان الاسلام غير بعيد عن مخالطة المسلمين ومعرفة بحاسنه أو تقيته من الكفاية ونجشم المشاق في الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير قال المصنف (وقد صح أن الصعابة اشترى أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها) قال البيهقي قال أبو يوسف القول ما قال أبو حنيفة أنه كان لابن مسعود وخباب بن الارت والحسين بن علي ولشريح أرض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها أحد ثنائجالدين سعيد بن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه في اشترى أرضا من أرض السواد فقال عرفت فيها مثل صاحبها قال البيهقي وأحبرنا أبو سعيد حدثنا أبو العباس الاصم حدثنا الحسن بن علي بن عفان حدثنا يحيى بن آدم قال حدثنا الحسن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال سألت امرأة من أهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان اختارت أرضها وأدت ما على أرضها من الخراج فخلوا بينها وبين أرضها

صالحه للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلاها أما إذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته وأسبابه فلا امام أن يدفعها الى غيره مزارعة أو يأخذ الخراج من نصيب المالك ويسلك اليه في ذلك من الاجرة وان شاء أعجزه وأخذ من ثمنها خراج المسنة المستطحة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم يأخذ الخراج من المشتري وهذا وان كان نوع حجر فقيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكارى والغاس والغائب الجاهل ولو وقع البيع في أثناء السنة فان بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عدا ذلك يوسف أنه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال فريض العمل فيها صحح أيضا ومن فرغ ذلك (ما اذا انتقل الى أخس الامر من غير عذر) بان كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا (أخذ منه ايج الاعلى) وهو الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة) على المسلمين قالوا لا يعني به المالك فيمن تسقط الظلمة على أموال المسلمين اذ يدعى كل ظالم أن أرضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب (قوله ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذلك باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لما لك في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لغيره من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله (لما قلنا) من أن فيه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالغسر والارض لا تتحول منها بقاء ما تقرر واجبا أولى ولان وضع عمر رضي الله عنه بموافقة جماعة من الصعابة ما كان الاليجد الذين يجيئون من المسلمين بعد أهل الفتح يسد حاجتهم وفتح هذا الباب يؤدي الى فوات هذا المقصود فان الاسلام غير بعيد عن مخالطة المسلمين ومعرفة بحاسنه أو تقيته من الكفاية ونجشم المشاق في الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير قال المصنف (وقد صح أن الصعابة اشترى أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها) قال البيهقي قال أبو يوسف القول ما قال أبو حنيفة أنه كان لابن مسعود وخباب بن الارت والحسين بن علي ولشريح أرض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها أحد ثنائجالدين سعيد بن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه في اشترى أرضا من أرض السواد فقال عرفت فيها مثل صاحبها قال البيهقي وأحبرنا أبو سعيد حدثنا أبو العباس الاصم حدثنا الحسن بن علي بن عفان حدثنا يحيى بن آدم قال حدثنا الحسن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال سألت امرأة من أهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان اختارت أرضها وأدت ما على أرضها من الخراج فخلوا بينها وبين أرضها

صالحه للزراعة والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها أما إذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم مؤنه وأسبابه فلا امام أن يدفعها الى غيره مزارعة أو يأخذ الخراج من نصيب المالك ويسلك الباقي له وان شاء أعجزها وأخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وهذا بخلاف وان كان هذا نوع حجر وفيه ضرر ولكن هذا الحاق ضرر بواحد للعامة وعن أبي يوسف رحمه الله تدفع الى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها فريضه في جمع الشهيد رحمه الله باع أرضا خراجها فان بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع كذا ذكره الامام القرافي رحمه الله (قوله قالوا من انتقل الى أخس الامر من غير عذر) فعليه خراج الاعلى كمن له أرض الزعفران فزرعها الحبوب فعليه خراج الزعفران وكذلك لو كان له كرم فقلع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتي به كذا لا يفتو بالظلمة على أخذ أموال الناس فان قيل كيف يجوز هذا وهم لو أخذوا كان أخذهم في موضعه لكونه واجبا قلنا المعنى من ذلك قالوا

ظاهر (قوله من غير كراهة) احتراز عما يقوله المتعشقة وهم طائفة من الصوفية أنه مكروه لأن النبي صلى الله عليه وسلم رأى شيئا من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الاذلوطنوا أن المراد بالآلة التزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا آداب البقر وقعدوا عن الجهاد كره عليهم عدوهم وجعلهم أدلة ولأن الصغار ان كان قاعاً يكون في الوضع ابتداء وأما بقاء تلك الخلاف خراج الرؤس فانه ذل وصغار ابتداء وبقاء فلذلك لا يبقى بعد الاسلام (قوله وجباني) من بسيتين مختلفين) يعني ولصرفين مختلفين أما اختلاف المحل فلان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخراج فلا يتسبب الخراج الأرض النامية تقديراً وسبب العشر الأرض النامية تحقيقاً وأما اختلاف المصروف فان مصرف الخراج المقابلة ومصرف العشر الفقراء (فلا يتناهيان) لأن التناهي انما يتحقق باتحاد المحل (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم) قال المصنف (وأدائه للمسلم من غير كراهة) أقول قال الاتقاني لو قال من المسلم لسكان أولى اه فيه تأمل

فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر في الخراج من أرض الخراج) وقال الشافعي يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان وجباني في كل من مختلفين بسيتين مختلفين فلا يتناهيان ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم

والاقلوا بين المسلمين وبين أرضهم وروى عبد الرزاق وابن أبي شيبة حدثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض عمر الملك أسلمت فقال عراد فغوا إليها أرضها وأدى عنها الخراج وقال ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفهما حدثنا هشيم بن بشير عن شيان بن الحكم عن زبير بن عدي أن دهقاناً أسلم على عهد علي رضي الله عنه فقال علي أن أقت في أرضك فغننا عنك الخراج عن رأسك وأخذناها من أرضك وان تعصت منها فحن أحق بها قال ابن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي فإذا أسلم وله أرض وضعنا عنه الجزية وأخذنا خراجها قال المصنف (فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة) وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة قبل ولو قال من المسلم كان أولى وهو بناء على تعليقه بلفظ أخذ وهو غير مقصود فان الأخذ يقوم بالامام وليس المقصود افادة أنه هل يكره للإمام أخذ الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شراء المسلم الأرض الخراجية وتعرضه بذلك للأخذ منه هل يكره له ذلك أولاً فيجب لفظ للمسلم ليعتلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول بعض المتعشقة ووجه الله عليهم ورحمناهم من كراهة ذلك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام رأى شيئاً من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الاذلوطنناهم أن الغز وفكر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة لآلهم كرهوه اذ لا يشك في أنه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء ألا ترى أنه لو تكفل بجزة ذي جاز بلا كراهة (قوله ولا عشر في الخراج من أرض الخراج وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجمع بينهما لأنهما حقان مختلفان) ذاتا فان العشر مؤنة فيها معنى العبادات والخراج مؤنة فيها معنى العقوبة ومختلفان العشر في الأرض النامية وسبب الأرض النامية بالخراج تحقيقاً وسبب الخراج الأرض النامية به تقديراً ومصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقابلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجب أن كوجب الدين مع العشر والخراج قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم) وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عتبة حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عتبة مضعف إلى غاية حتى نسب إلى الوضع وإلى الكذب على أبي حنيفة وأما رواه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم فجاء يحيى وصله نعم أنما روى عن التابعين مثل الثوري والشافعي وعكرمة كما ذكرناه ورواه ابن أبي شيبة عن الشعبي حدثنا إبراهيم بن المغيرة عن عبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال لا يجتمع عشر وخراج في أرض وقال حدثنا أبو حنيفة حدثنا يحيى بن واضح عن أبي المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس الانقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعه فيكون حديثاً من سلاسله نقل ابن المبارك الجرح

أفتيناً بذلك لا دعي كل ظالم في كل أرض ليس هذا شأنها انما كانت هي قبل هذا تزرع الزعفران أو الزاجين فيأخذ منها خراج الزعفران أو الزاجين وهذا منهم طمع في غير مطمع فيكون هذا ظلماً وعدواناً كذا في الفوائد الظهيرية (قوله من غير كراهة) احتراز عما يقوله المتعشقة بأنه مكروه ويستدلون بما روى أن النبي عليه السلام رأى من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الاذلوطنوا أن المراد بالآلة التزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا آداب البقر وقعدوا عن الجهاد كره عليهم عدوهم فجعلوهم أدلة وقدر روى عن عبد الله بن مسعود والحسين بن علي وشرح رضي الله تعالى عنهم أنه كانت لهم أرضون بالسواد يودون خراجها (قوله في محلين مختلفين بسيتين مختلفين) وكذلك لمصرفين

رواه أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم عن علقمة عن النبي صلى الله عليه

(٢٨٧)

وسلم (قوله والوصفان لا يجتمعان)

ولان الطوع ضد الكره  
الحاصل من القهر واذالم  
يجتمع السببان لم يثبت  
الحكم (قوله ولهذا  
يضافان الى الارض) يقال  
عشر الارض وخراج الارض  
وقوله (وعلى هذا الخلاف  
الزكاة مع أحدهما) أى  
العشر أو الخراج صورته رجل  
اشترى أرض عشر أو خراج  
للتجارة لم يكن عليه زكاة  
التجارة مع العشر أو الخراج  
عندنا وعند محمد أن عليه  
زكاة التجارة مع العشر أو  
الخراج وهو قول الشافعي  
ومقرهما قوم اختلاف  
المحلين أن محل العشر الخارج  
ومحل الزكاة من مال التجارة  
وهو الارض فلم يجتمع في  
محل واحد فوجب أحدهما  
لا ينع وجوب الآخر كالدين  
مع العشر ولنا أن المحل  
واحدان كلا منهما مؤنة  
الارض النامية وكذلك  
الزكاة وظيفة المال النامي  
وهو الارض وكل منهما يجب  
حقا لله تعالى فلا يجب  
بسبب ملك مال واحد  
حقان لله تعالى كما لا يجب  
زكاة السائمة وزكاة التجارة  
باعتبار مال واحد اذا ثبت  
أنه لا وجه للجمع بينهما قلنا  
العشر والخراج صارا  
وطبقين لا زمين لهذه  
الارض فلا يستقطن

قال المصنف (وعلى هذا  
الخلاف الزكاة) أقول لو  
اشترى أرضا عشرة أو

ولان أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجتماعهم حجة ولان الخراج يجب في أرض ففتح عنوة  
وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو  
الارض النامية لأنه يعتبر في العشر تحققة في الخراج فقد راول هذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف  
الزكاة مع أحدهما (ولا يتكرر الخراج بتكرار الخراج في سنة) لان عمر

بينهما مذبحا للجماعة آخر من فهذا نقل المذهب لاستدلال وأما قوله (ولان أحدا من الأئمة الى آخره) فقد  
منع بنقل ابن المنذر الجميع في الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض  
الدفع الى المالك فلم يتعين قول محمد بن يعقوب لم يجمع ليجتز به من يحتج بقولهم على ان فعل عمر بن عبد العزيز  
يقضى أن ليس عمر رضى الله عنه على منع الجميع لانه كان متبعه مقتداه لا ناره وماذا كراهه عنه فيما تقدم  
من كتبه في جواب السائل في مسئلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه يفيد ذلك ثم المصنف منع تعدد  
السبب وجعل السبب فيهما مع الارض ولا مانع أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الارض هنا وطيفتان مع أن  
العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر فإنه يقتضى أن يؤخذ مع  
الخراج ان كان ولان تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الارض  
النامية (الا أنه يعبر النماء في العشر تحققة) لانه اسم اضافي فالمتحقق خارج لا يتحقق عشرة (وفي الخراج  
تقدير راول هذا يضافان اليها) فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع  
النماء التقديرى غير الارض مع التحقيق بخلافه اعتبار به لاحقية فالارض النامية هي السبب واذا اتحد  
السبب اتحد الحكم وصار كزكاة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك  
لا يقال الغنم مع السوم غيرهما قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب وأما قوله (ولان الخراج يجب في  
الارض اذا ففتح عنوة وقهرا والعشر في الارض اذا أسلم أهلها) عليها لازم الاول الكره ولازم الثاني  
الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فعلوم أن بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا قرأ أهلها  
عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغائمين كما أن بعض صور الخراج لا يكون مع  
العنوة والقهر بل للصالح أو بان أحياها وسقاها بماء الانهار الصغار أو كانت قرية من أرض الخراج على  
الخلاف ومع هذا فالذي يغلب على الظن أن الراشدين من عمر وعثمان وعلى رضوان الله عليهم أجمعين لم  
ياخذوا عشر من أرض الخراج والالتقل كما نقل تغا صلب أخذهم الخراج بهذا يقتضى العادة وكونهم فوضوا  
الدفع الى الملاك في غاية البعد أرايت اذا كان العشر وظيفة في الارض التي وطف فيها الخراج على أهل  
الكفر هل يقرب أن يتولوا أخذ وظيفة ويكفوا الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون  
على أذانهم من طيب أنفسهم واذا كانا ظن عدم أخذ الثلاثة مع دليلنا بفعل الصحابة خصوصا الخلفاء  
الراشدين ويكون اجاعا وذكرا لا سبيحا لا يجتمع الانجر والضممان عندنا والعقر والحد والحد والنقي وكذا  
الرجم مع الجلود زكاة التجارة مع صدقة الفطر والشافعي يوافق في الجار مع الرجم وما سواه يجمع (وكذا الزكاة  
مع أحدهما) أى العشر والخراج خلافا للشافعي وصورته اذا اشترى أرض عشر أو خراج بقصد التجارة  
عليه العشر أو الخراج وليس عليه زكاة التجارة عندنا وانما يعكس لان العشر والخراج ألزم للارض بخلاف  
الزكاة فإنه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما (قوله ولا يتكرر الخراج بتكرار الخراج في سنة لان عمر رضى الله

عنهما) أما اختلاف المحل فان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج وأما اختلاف السبب فان سبب  
الخراج الارض النامية تقديره وسبب العشر الارض النامية تحققة طوعا أما اختلاف المصروف فان الخراج  
مصروف الى المقاتلة والعشر مصروف الى الفقراء (قوله والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة) لان  
بينهما تنافيا لان الطوع ضد الكره والحاصل من القهر فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكم (قوله وعلى هذا  
الخلاف الزكاة مع أحدهما) حتى لو اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة  
خارجية للتجارة ففيها العشر والخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده يجب الزكاة مع أحدهما ومحمد بن وهب ودلائل الطرف من هذه مذكورة في الشروح

باسقاط المالك وهو أسبق ثبوتاً من زكاة القارة التي كان وجوبها بنية فلهاذا بقيت عشرة وخارجية كما كانت وبغوله وكل واحد منهما يجب بحاقته خرج الجواب عن وجوب (٢٨٨) الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد والعشر لله تعالى فلا تنافي بينهما فيجب ان كانا

بسبب ملك واحد والباقي

ظاهر (باب الجزية) \*

لما فسرغ من ذكر خراج

الارض ذكر في هذا الباب

خراج الرأس وهو الجزية لا

انه قدم الاول لان العشر

يشترك في سببه وفي العشر

معنى القرية وبين القران

مقدم والجزية اسم لما يؤخذ

من أهل الذمة والجمع

الجزى كالصية والهي وانما

سميت بها لانها تجزى عن

الذي أى تقضى وتكفى عن

القتل فانه اذا قبلها سقط

عنه القتل قال الله تعالى

قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله

الى قوله حتى يعطوا الجزية

عن يدهم صاغرون فان

قبل الكفر معصية وهو

أعظم الكبائر فكيف

يصح أخذ البديل على تقريره

أجيب بان الجزية لم تكن

بدلاً عن تقرير الكفر وانما

هى عوض عن ترك القتل

والاسترقاق الواجبين لخاز

كاسقاط العصاص بعوض

أوهى عقوبة على الكفر

فيجوز كاسترقاق (قوله

وهى على ضربين) ظاهر

ونجران بلاداً هاهنا نصارى

والخلة ازار ورداء هو المختار

ولا تسمى حلة حتى تكون

ثوبين وقوله (ولان الموجب

هو التراضى) أى الموجب

\*) (باب الجزية)

لم يوظف مكرراً بخلاف العشر لانه لا يتحقق عسراً الا بوجوبه في كل خارج والله أعلم

\*) (باب الجزية)

(وهى على ضربين خرية توضع بالتراضى والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كصالح رسول الله صلى

الله عليه وسلم أهل نجران على ألف ومائتى حلة ولان الموجب هو التراضى فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه

عنه لم يوظف مكرراً في سنة بتكرار الخراج على الطريق التي قدمناها وقد وازى بها تعلق الخراج بالنسبة

فيسويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكين وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولوزع فيها صارا

والعشر له شدة وهو تكرره بتكرره في الخراج وخفة بتعلقه بعين الخراج فاذا عطلها لا يؤخذ بشئ فان

أثبتت الخفصة العشر مطلقاً باعتبار الاغلب وهو عدم تكرره في العام فلهذا كذلك ليس في الغالب أن

تعطل الارض من الزراعة بالكيفية يؤخذ الخراج من أرض المرأة والصي والاراضى الموقوفة لان وقعها

اخراج من مستحق الى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبى أن يطالب بذلك الناظر

\*) (باب الجزية)

هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب أسلموا أو لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها

الاذا لم يسلموا ولانه حقيقة الخراج لانه اذا أطلق الخراج فانما يتبادر خراج الارض ولا يطلق على الجزية الا

مقدراً فيقال خراج الرأس وعلامة الجواز وم التقييد وتجميع الجزية على خرى كاحية ولهى فى اللغة

الجزء وانما ثبتت على فعله للدلالة على الهيئته وهى هيئة الاذلال عند الاعطاء على ما سيجرى (وهى على ضربين

خرية توضع بالتراضى والصلح) عاها (فتقدر بحسب ما عليه الاتفاق) فلا تزد عليه تحريزاً عن الغدر وأصله

صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى بقرب الين على ألفى حلة في العام على ما فى أبى

داود عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما قال قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفى حلة

النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رضى الله عنه نصارى بنى تغلب على أن يؤخذ من كل منهم

ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكاة وهذا وقد قال أبو يوسف في كتاب

الخراج وأبو عبيدة في كتاب الاموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل نجران بعد أن قال على ألفى

حلة كل حلة أرقية يعنى قيمتها أرقية وقول الولولجى كل حلة خمسون درهما ليس بجمع لان ارقية أربعون

درهما والحلة ثوبان ازار ورداء وتعتبر هذه الحلة في مقالة ما يؤخذ من رؤسهم وأراضهم قال أبو يوسف

التجارة عند لان الواجب حق الله تعالى متعلق بالارض كانز كالة فلا يجزى بها كالة السائمة والتجارة

باعتبار مال واحد ثم العشر أوالخراج صار وطبقته لهذه الارض فلا يسقط مع أنه أسبق ثبوتاً من زكاة القارة

ولانه آكد على معنى أنه لا يسقط بعذر ما والزكاة تسقط بعذر الصيبا والجحون واذا كان آكد كان أولى

\*) (باب الجزية)

بالصواب

الجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى مثل العيص والهي وانما سميت بها لانها تجزى عن الذي

أى تقضى وتكفى عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل هى ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى حتى يعطوا الجزية

هن يدوهم صاغرون والسنق هو ماري أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية من مجوس هجر وقد طعن

بعض المحدثين حيث قالوا كيف يجوز تقرير الكفر على الشرك بمال ولو جاز هذا لجاز تقرير الزانية على الزنا

بمال يؤخذ منه والجواب عنه أنه ليس المقصود هو المال بل الدعاء الى الدين باحسن الوجوه لانه بعد قد الذمة

سكن بين المساكين ويرى محاسن الدين فر بما يسلم مع أن فيه دفع شرقاته (قوله) كصالح رسول الله عليه

الصلاة واسلأه بنى نجران على ألف ومائتى حلة (نجران بلاداً هاهنا نصارى والحلة ازار ورداء هذا هو المختار

(قوله) أجيب بان الجزية تالى قوله كاسترقاق الخ) أقول هذا الجواب مع سؤاله في شرح الاتفاقى الآن الاظهر في الجواب الاتفاق

هو الشق الاول حيث يهزم الذى يجوز وضع الجزية على النسوان والزمن وأمثالهما ثم يجوز أن يجاب بأنه بدل عن الضرورة لما سيجىء فلي تأمل

قال المصنف (كصالح رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول السكاف لتعليل ولذا عطف عليه قوله ولان الموجب الخ



لغيره من اوقاف عليه الاتفاق

من المال هو التراضي  
لا الموجب لوجوب الجزية  
فان موجب في الاصل  
اختيارهم البقاء على الكفر  
بعد ان غلبوا وقوله (فيضع  
على الغني الظاهر الغني)  
قال الامام غير الاسلام من  
ملك مادون المائتين أولا  
ذلك شيئا لكنه معتمل فعليه  
اثنان عشر ومن ملك مائتي  
درهم فصاعدا الى عشرة  
آلاف درهم وهو معتمل  
ايضا فعليه اربعة وعشرون  
درهما ومن ملك عشرة  
آلاف درهم فصاعدا الى  
ملايينه وهو معتمل  
ايضا فعليه ثمانية وأربعون  
ثم قال وانما شرط المعتمل  
لان الجزية عقوبة فانما  
تجب على من كان من اهل  
القتال حتى لا يلزم الزمن منهم  
جزية وان كان معرطاني  
اليسار قال والمعتمل هو  
الذي يقدر على العمل وان  
لم يحسن حرفة وكان الفقيه  
أبو جعفر يقول ينظر الى  
عادة كل بلدان عادة البلدان  
مختلفة في الغني الانرى أن  
صاحب خمسين ألفا يبلغ  
يعد من المكثرين وان كان  
يبلغ أو بالبصرة لا يعد  
من المكثرين وفي بعض  
البلدان صاحب عشرة  
آلاف يعد من المكثرين  
فيعتبر عادة كل بلد وذكر  
هذا القول عن أبي نصر محمد  
ابن سلام وقوله صلى الله عليه  
وسلم من كل حال وحالة معناه

الاتفاق (و جزية يتدنى الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني  
الظاهر الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر أربعين درهما وعلى وسط الحال أربعة  
وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما في كل شهر درهما) وهذا عندنا  
وقال الشافعي يضع على كل حال دينار أو ما يعادل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه الصلاة والسلام  
لمأخذ من كل حال وحالة دينار أو عدله معافى من غير فصل

ألفاحله على أراضيه وعلى خزيه رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل أرض من أراضى  
نجران وان كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذى أو تغلي والمرأة والصبي في ذلك سواء في أراضيه  
وأما خزيه رؤسهم ليس على النساء والصبيان اه يعنى أن ما وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم أرضه  
أول يبيع ثم اذا باع أرضه يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ويؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشرين من  
التغلي المشتري وقول المصنف على ألف ومائتي حلة غير صحيح وكذا قوله بنى نجران فان نجران اسم أرض من  
حيز اليمن لا اسم أى قبيلة فلذا كان الثابت في الحديث أهل نجران (و) الضرب الثاني (جزية يتدنى الامام  
بتوطيها اذا غلب على الكفار) فتفتح بلادهم (وأقرهم على أملاكهم) فهذه مقدرة بقدر معلوم سواء أو  
أبوا أرضوا أول رضوا فيضع على الغني في كل سنة ثمانية وأربعين درهما (بوزن سبعة) يأخذ من أحدهم  
في كل شهر أربعين درهما وعلى أوسط الحال أربعين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل  
اثنى عشر درهما في كل شهر درهما) واحدا (وقال الشافعي يضع على كل حال) أى بالغ (دينارا) أو اثنى عشر  
درهما وقال بعض مشايخهم الامام مخير بينهما والدينار في القواعد الشرعية بعشرة الاف الجزية فانه يقابل  
بأثنى عشر درهما الان عمر قضى بذلك وعند عامة أصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة يستحب للامام  
أن يحاسبهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني أربعين درهما وقال مالك رحمه الله يؤخذ من الغني  
أربعين درهما أو أربعين درهما ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار وقال الثوري وهو رواية عن أحمد هي غير  
مقدرة بل نفوض الى رأى الامام لانه عليه الصلاة والسلام أمر معاذا بالدينار وصالح هو عليه الصلاة  
والسلام نصارى نجران على أثنى حلة وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بنى تغلب  
على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على أنه لا تقدر بنهاى شيء معين بل نفوض الى رأى الامام حتى  
لونهض عن الدينار جاز وعن أحمد روايتان أخريتان أحدهما كقولنا والاخرى كقول الشافعي وجه  
قوله مارواه أبو داود والترمذي والنسائي عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذا قال بعثنى رسول الله  
صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأمرنى أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنة  
ومن كل حال دينار أو عدله ما فر من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي حديث حسن وذكر أن بعضهم  
رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل قال وهو أصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم  
وصححه فهذا كثرى ايسر فيه ذكر الحالة وفي مسند عبد الله بن زاذل حديثا معمر وعفيان الثوري عن الأعمش  
عن أبي وائل عن مسروق عن معاذا رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى أن قال ومن كل  
حالم أو حالة دينار أو عدله معافى وكان معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها  
ذكر الحالة وقال أبو عبيد وهذا والله أعلم فيما ترى منسوخ إذ كان في أول الاسلام نساء المشركين

ولا تسمى حلة حتى يكون ثوبين وهى من الخلول من حل الدار أو الحل من حل العقدة لما بينهما من القرابة  
(قوله على الغني الظاهر الغني) هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج الى العمل والمتوسط الذي له مال لا  
يستغنى به عن العمل والمعتمل الذي يكسب أكثر من حاجته ولأماله وقيل انفاق الذي يملك عشرة  
آلاف درهم فصاعدا ومتوسط الحال الذي يملك مائتي درهم فصاعدا والمعتمل الذي يملك مادون المائتين أولا  
ذلك شيئا كذا في شرح القنوري (قوله أو عدله معافى) أى أخذ مثل دينار برمان هذا الجنس يقال ثوب  
معافى منسوب الى معافى بن مرثمة صالحه اسما غير نسبة كذا في المغرب وذ كر في القوائد الظاهرية

(٣٧) - (فتح القدير والكفاية) - خامس (بالخ والفاء) (أربعة معافى) أى وأخذ مثل دينار برمان هذا الجنس يقال

ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراوى والنسوان وهذا المعنى ينظمه الفقير والغنى ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرته للمقاتلة فوجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصره

ولدانهم يقتلون مع رجالهم ويستضاء لذلك بماروى الصعب بن جثامة أن خيلا أصابت من أبناء المشركين فقال هلمنا للصلاة والسلام هم من آبائهم ثم أسند أبو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أولاد المشركين أن يقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نفي عن قتلهم يوم خيبر والعدل بالغنى المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعاقرى ثوب منسوب الى معاقر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معاقر حى من همدان ينسب اليه هذه الثياب المعاقرية وهذا ذكره ابن فارس في المجلد وفي الجهرة لابن دريد المعاقر بفتح الميم موضع اليمن تنسب اليه الثياب المعاقرية وفي غريب الحديث للقتبي البرد المعاقرى منسوب الى معاقر من اليمن وفي الجهرة قال الاصمعي ثوب معاقر غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده (ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل ولهذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذراوى والنساء وهذا المعنى ينظمه) فيه (الغنى والفقير) لان كلا منهم يقتل (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى) ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وجهه خديفة بن الهيثم وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحوا أرضها ووضعوا عليها الخراج وجعلوا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا أخبرا بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل على كذلك وروى ابن أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيماني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب في الجزية على رؤس الرجال على الغنى ثمانية وأربعين درهما وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه في كتاب الاموال حدثنا أبو نعيم حدثنا منديل عن الشيماني عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر وضع الى آخره وطريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات الى أبي نصره أن عمر وضع الجزية على أهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغنى الى آخره ومن طريق آخر أسند أبو عبيد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين درهما وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة بالانكسر فحل محل الاجاع ثم عارض المصنف معناه بقوله (ولانه) أى الجزية تجزى وجب نصرته للمقاتلة) أى خلفا عن نصرته لمقاتلة أهل الدار لان من هو من أهل دار الاسلام عليه نصرته ثم وقد فانت عليهم الى أهل الدار المعادين لئلا يصراهم على الكفر ولهذا صرفت الى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين فتختلف باختلاف حالهم لان نصرته الغنى لو كان مساحاقا ونصرة المتوسط والفقير فانه كان ينصره كباو يركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راكبا وهذا

ثوب معاقرى منسوب الى معاقر بن مرة ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الفوائد الظهيرية معاقر حى من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشئ بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه (قوله ولانه وجب نصرته للمقاتلة) وكل ما وجب نصرته للمقاتلة وجب متقاربا (كما في خراج الارض) وقوله (وهذا) اشارة الى قوله ولانه وجب نصرته للمقاتلة يعنى وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرته للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصره للمسلمين يسدل النفس (قوله لانها تجب بدلا عن النصره) أقول من ههنا الى قوله فام مقامه عين عبارة الاتقاني

معاقر حى من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشئ بفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم) التمسك به من وجهين أحدهما أن نصب المقادير بال رأى لا يكون فدل أنه اعتمد السماع من النبي عليه السلام والثاني أنه فعل ذلك بحضور من الصحابة رضى الله عنهم ومشورة منهم ولم يرده عليه أحد فصارا جماعا (قوله وهذا لانها وجبت بدلا عن النصره بالنفس والمال) ولهذا صربت الجزية على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال في سبيل الله لو كانوا مسلمين فان قبل هذا لا يجوز لان القتال فرض كفاية والجزية بفرض عين قلنا ان القتال في الاصل واجب على كل انسان منالكنه وجب للذب عن الدار وكسر شوكة المشركين فاذا حصل ذلك ببعض سقط عن الآخرين وهذا كالسعي واجب على كل مسلم فان جله انسان كرهها الى الجمعة سقط عنه ذلك لانه وجب لامكان الجمعة وقد حصل بدون فعله فكذلك الجهاد حتى اذا لم يحصل ذلك لم يلزم على كل انسان ذلك فان قيل

والمال لان كل من كان من أهل دار الاسلام يحب عليه النصر للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله ورسوله وتحاهدون في سبيل الله باموالكم وأنفسكم ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يضلح لنصرتنا ليس له الى دار الحرب اعتقاد فام الخراج المأخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصر (٢٩١) بالنفس ثم النصر من المسلم تتفاوت اذ

الفقير ينصر دارا واجلا ومتوسط الحال ينصرها وراكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه وراكب غيره ثم الاصل لما كان

متفاوتا تتفاوت الخراج الذي قام مقامه فان قيل النصر طاعة الله وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خاتمة عن الطاعة أجيب بان الخليفة عن النصر في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة ما لو أعاروا دوابهم للمسلمين (ومارواه) يحمل على أنه كان صلحا) والدليل على ذلك أنه أمر بالانخذ من النساء والجزية لتجنب على النساء قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب) سواء كانوا من العرب أو من العجم اقوله تعالى من الذين أو قوا الكتاب حتى يعطوا الجزية (وعلى المجوس لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس) وروى البخاري أن عمر رضى الله عنه لم يكن ياخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من

النفس والمال وذلك بتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله ومارواه يحمل على أنه كان ذلك صلحا ولهذا أمره بالانخذ من الحاملة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى من الذين أو قوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس قال (وعبد الاوثان من العجم)

معنى قول المصنف (وذلك) أي النصر (بتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله) يعني الجزية والخراج بخراج الارض فانه وجب على التفاوت فأورد عليه لو كانت خلفا عن النصر لزم أن لا تؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين أو بطلب الامام منهم ذلك والحال أنهم يؤخذ منهم مع ذلك أجيب بان الشارع جعل نصرته بالمال وليس للامام تغيير المشرع وتحقيقه أن النصر التي فاقته النصر للمسلمين فنصرة الاسلام فاقته بالكفر فادلت بالمال وليس نصرته في حال كفرهم تلك النصر التي فاقته فلا يبطل خلفا عنهم سيجيء ما يغيد أن الجزية تخلف عن قتلهم والوجه أنها خلف عن قتلهم ونصرته جميعا قال (ومارواه) من وضع الدينار على الكل (يحمل على أنه كان صلحا) فان البين لم تنفخ عنوة بل صلحا فوقع على ذلك وقلنا لان أهل البين كانوا أهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم ففرض عليهم ما على الفقراء بدل على ذلك ما روى البخاري عن أبي نجيح قلت لمجاهد ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار هذا ثم اختلف في المراتب من الغنى والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا لم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فوسر وان ملك بلافضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل أي المكتسب وقال الفقيه أبو جعفر ينظر الى عادة كل بلد في ذلك ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا يبلغ يعدم من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا واذكره عن أبي نصر محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضاً في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء أمالو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض (قوله) وتوضع الجزية على أهل الكتاب اليهود يدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا أنهم يخالفونهم في فروع والنصارى يدخل فيهم الفريسي والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أو قوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يدهم صاغرون وأما الصابئون فعلى الخلاف من قال بهم من النصارى أو قال هم من اليهود فهم من أهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من السكانيين بل كعبدة الاوثان وفي فتاوى فاضل خان وتوخذ أي الجزية من الصابئة عند أبي حنيفة خلافا لما أطلاق في أهل الكتاب فشمس أهل الكتاب من العرب والعجم وأما المجوس عبدة النار في البخاري ولم يكن عمر رضى الله عنه أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر وهذا قول المصنف (ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس) وهجر بلدة في البحرين (قوله) وعبد الاوثان

النصرة طاعة لله تعالى وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة قلنا ان الخليفة عن النصر في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين كذا في الاسرار (قوله) وذلك بتفاوت بكثرة الوفر وقلته) فالغفير لو كان مسلما ينصر الدار واجلا وسط الحال ينصرها راكبا والفاقي في الغنى يركب ويركب غلامه

مجوس هجر وهجر اسم بلدي البحرين (وعبد الاوثان من العجم) قوله لان كل من كان من أهل دار الاسلام يحب عليه النصر للدار بالنفس والمال قال الله تعالى الخ) أقول في الدلالة بحث (قوله) فان قيل النصر طاعة لله تعالى) أقول السؤال والجواب مذكوران في النهاية

وهو بالجر عطفًا على أهل الكتاب وقد بقوله من العجم احترار عن عبدة الاوثان من الغرب فانه لا توضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب (وفيه خلاف الشافعي رحمه الله) وكلامه ظاهر (ولنا انه يجوز استرقاقهم) وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم (لان كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود اليها جلة وأما الجزية فلا ان الكافر يؤذيهم من كسبه والحال أن نفقته في كسبه فكان اذا كسبه الذي (٢٩٢) هو سبب حياته الى المسلمين دائرة راتبية معنى أخذ النفس منه حكمًا ونقض بان

وفيه خلاف الشافعي هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا ناعرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقى من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدى الى المسلمين ونفقته في كسبه (وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونسألوهم وصيانتهم فيء) لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين) لان كفرهم ما قد تغلظ أمامهم كوك العرب فلان النبي صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمجبرة في حقهم أظهر وأما المرتد فلانه كفر بر به بعدما هدى للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الغريقين الا الاسلام أو السيف زيادة في العقوبة

بالجر أى وتوضع على عبدة الاوثان من العجم (وفيه خلاف الشافعي هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا ناعرفنا جواز تركه) الى الجزية (في حق أهل الكتاب بالقرآن) أعنى ما تلوثناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية (وفي المجوس بالخبر) الذي ذكرناه في صحيح البخارى (فبقى من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم) بجماع أن كلاً من الاسترقاق والجزية (يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر انه يصير منفعته نفسه انا وكذا الجزية (فانه يكتسب ويؤدى الى المسلمين والحال أن نفقته في كسبه) فقد أدى حاجة نفسه البناء وبعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذى استدله به وذلك لانه عام مخصوص باخراج أهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر جاز تخصيصه به بذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا أتباعاً لاصولهم في الكفر فكانوا أتباعاً في حكمهم فكان الجزية على الرجل وأتباعه في المعنى ان كان له أتباع والا فهي عنه خاصة (قوله وان ظهر عليهم) أى على من تقدم ذكرهم من أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك) أى قبل وضع الجزية (فهم فيء) والامام الخياط بين الاسترقاق وضرب الجزية (قوله ولا توضع) الجزية (على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما) يعنى مشركى العرب والمرتدين (قد تغلظ) فلم يكونوا في معنى العجم (أما العرب فلان القرآن نزل بلغتهم فالمجبرة في حقهم أظهر) فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم (وأما المرتدون فلان كفرهم بعدما هدى للاسلام ووقفوا على محاسنه) فكان كذلك (فلا يقبل من الغريقين الا الاسلام أو السيف زيادة في العقوبة) لزيادة الكفر (وعند

(قوله وتوضع الجزية على أهل الكتاب) أى من العرب والعجم (قوله فالمجبرة في حقهم أظهر) لانه نشأ بين أظهرهم وكانوا أعرف بحاله قبل بعثته حتى كانوا يسمونه أمينا وكانوا يعرفونه محترزا عن الكذب غاية الا تترأف ان كان محترزا عن الكذب على العباد لا يكذب على الله تعالى والقرآن نزل بلغتهم وكانوا أعرف بفهم معانيه وأعلم ببلاغته وانما كانت الحجة اياهم ألزم فان قيل على هذا وجب أن لا تقبل الجزية من العرب وان كانوا من أهل الكتاب قلنا المراد بالعرب عربى الاصل وأهل الكتاب وان كانوا سكنوا بمابدين العرب ونزلوا دوافهم ليسوا عربى الاصل فالنبي عليه السلام صالح بنى نجران على ألف ومائتى - له كل سنة وكذا عمر رضى الله عنه أخذ الجزية من نصارى بنى تغلب وهم عرب لكن باعتبار سكنهم في أرض العرب

من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضربها على النساء والصبيان والازم باطل وأجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو أن الجزية بدل النصر ولا نصره على المرأة والصبي فكذلكه وهذا ليس بدافع بل هو مقر لانتقض الاصول أن قبول المحل شرط لتأثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلاً للمرأة والصبي ليسا كذلك لان الجزية انما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه وقوله (وان ظهر عليهم) أى على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم (قبل ذلك) أى قبل وضع الجزية عليهم (فهم ونسألوهم وصيانتهم فيء) أى غنيمة المسلمين لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ) على ما ذكر في الكتاب وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف أو الاسلام (زيادة في العقوبة) عليه

قال المصنف (فانه يكتسب الخ) أقول دليل على اشتغال ضرب الجزية عليه (قوله فكان اذا كسبه الذي هو سبب حياته الى المسلمين دائرة راتبية معنى أخذ النفس منه حكمًا) أقول قوله دائرة حال وقوله راتبية معنى خبر كان ثم أقول وفي الكافي لما جاز استرقاقهم بالاجماع جاز ضرب الجزية عليهم لانها مائة - دلان معنى فالرقيق يصير منادرا كالذي ورفقه يعود الى ادارة الجزية تعود الى راتبية اه فعلم منه أن الاولى للشارح أن لا يدكر دائرة (قوله وهذا ليس بدافع الخ) أقول فيه بحث فانه لم يجوز أن يقال المراد وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كانوا من أهل النصر فانه يبدل النصر في حق المسلمين كما سبق آنفا

ولغاثل أن يقول هذا مستقوض بأهل الكتاب فإنه تغلف كفرهم فانهم عرفوا النبي معرفة نامية بميزة مشخصة ومع ذلك أنسكروهم وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية وأيضاً الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب بجوار استرقاقهم دون عبدة الاوثان بخلاف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم أو طاس لو جرى ريق على عري جرى اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان وأهل الكتاب والجواب عن الاول أن القياس كان يقتضي أن لا تقبل منهم الجزية لأنه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الآية وعن الثاني بأن مراده

وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا (واذا ظهر عليهم فسنأوهم وصيبتهم في) لان  
أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان في حنيفة وصيبتهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين (ومن لم يسلم  
من رجالهم قتل لما ذكرنا) (ولاحزية على امرأة ولاصب) لانها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما  
لا يقتلان ولا يقتلان لعدم الاهلية قال (ولازن ولا أعى) وكذا المفلوج والشيخ الكبير  
الشافعي يسترق مشركو العرب وهو قول مالك وأسد لان الاسترقاق اتلاف حكم فيجوز أن يتلاف نفسه  
بالقتل وانما قوله تعالى تقابلونهم أو يسلمون أي إلى أن يسلموا ويرى عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام  
قال لا يقبل من مشركي العرب الا الاسلام أو السيف وعنه عليه الصلاة والسلام لارق على عري وأخرج البیهقي عن  
عن ابن عباس وقال أو القتل مكان أو السيف وعنه عليه الصلاة والسلام لارق على عري وأخرج البیهقي عن  
معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابت على أحد من العرب ريق لكان اليوم قال المصنف  
(جوابه ما قلنا) يعني من أن كفره أغلف فلا يكون له حكم الاخف منه (قوله وإذا ظهر عليهم) أي على  
مشركي العرب والمرتين (فسنأوهم وصيبتهم في) يسترقون لانه عليه الصلاة والسلام استرق ذراري  
أو طاس وهو ابن أبي بكر استرق بن حنيفة أسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن مجاهد بن  
ليبد قال ثم ان خالد بن الوليد صالحهم على أن يأخذ منهم الففراء والبضائع والكرع والسلاح ونصف السبي ثم  
دخل حصونهم صلح فخرج السلاح والكرع والاموال والسبي ثم قسم السبي قسمين وأقرع على القسمين  
فخرج سهمه على أحد هما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحديثي أو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت  
المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما قالت قد رأيت أم محمد بن علي بن أبي طالب وكانت من  
سبي بني حنيفة فاذلكت سميت الحنيفة ويسمى ابنها محمد بن الحنيفة قال وحديثي عبد الله بن نافع عن أبيه قال  
كانت أم زيد بن عبد الله بن عمر من ذلك السبي وحنيفة أبوحي من العرب سمى به لان جذعته ضرب به حين التقيا  
فغضب جله وضرب حنيفة يده فغذمها فسمى جذعته وحنيفة بن (٣) نجدة بن صعب بن علي بن بكر بن وائل  
واعلم أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الاوثان لا يجبرون  
وأما الزنادقة فالوجه أن يؤخذ خبر أنه زيد بن ثابت قال لا تقبل ثوباً فان أخذتم ثوباً لا تقبل ثوبه  
ويقتل لانهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية (قوله ولا حزية على امرأة  
وصبي) وكذا على مجنون بلان خلاف لان الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي وعن قتالهم  
نصرة للمسلمين على قولنا وهو لا يسوا كذلك (ولا على أعى أو زمن ولا المفلوج) وعن الشافعي  
تؤخذ منهم لاعتبارها بأجرة الدار (ولا) تؤخذ (من الشيخ الكبير) الذي لا قدر له على قتال ولا كسب

عنده الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا (واذا ظهر عليهم فسنأوهم وصيبتهم في) لان  
أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان في حنيفة وصيبتهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين (ومن لم يسلم  
من رجالهم قتل لما ذكرنا) (ولاحزية على امرأة ولاصب) لانها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما  
لا يقتلان ولا يقتلان لعدم الاهلية قال (ولازن ولا أعى) وكذا المفلوج والشيخ الكبير  
الشافعي يسترق مشركو العرب وهو قول مالك وأسد لان الاسترقاق اتلاف حكم فيجوز أن يتلاف نفسه  
بالقتل وانما قوله تعالى تقابلونهم أو يسلمون أي إلى أن يسلموا ويرى عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام  
قال لا يقبل من مشركي العرب الا الاسلام أو السيف وعنه عليه الصلاة والسلام لارق على عري وأخرج البیهقي عن  
عن ابن عباس وقال أو القتل مكان أو السيف وعنه عليه الصلاة والسلام لارق على عري وأخرج البیهقي عن  
معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابت على أحد من العرب ريق لكان اليوم قال المصنف  
(جوابه ما قلنا) يعني من أن كفره أغلف فلا يكون له حكم الاخف منه (قوله وإذا ظهر عليهم) أي على  
مشركي العرب والمرتين (فسنأوهم وصيبتهم في) يسترقون لانه عليه الصلاة والسلام استرق ذراري  
أو طاس وهو ابن أبي بكر استرق بن حنيفة أسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن مجاهد بن  
ليبد قال ثم ان خالد بن الوليد صالحهم على أن يأخذ منهم الففراء والبضائع والكرع والسلاح ونصف السبي ثم  
دخل حصونهم صلح فخرج السلاح والكرع والاموال والسبي ثم قسم السبي قسمين وأقرع على القسمين  
فخرج سهمه على أحد هما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحديثي أو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت  
المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما قالت قد رأيت أم محمد بن علي بن أبي طالب وكانت من  
سبي بني حنيفة فاذلكت سميت الحنيفة ويسمى ابنها محمد بن الحنيفة قال وحديثي عبد الله بن نافع عن أبيه قال  
كانت أم زيد بن عبد الله بن عمر من ذلك السبي وحنيفة أبوحي من العرب سمى به لان جذعته ضرب به حين التقيا  
فغضب جله وضرب حنيفة يده فغذمها فسمى جذعته وحنيفة بن (٣) نجدة بن صعب بن علي بن بكر بن وائل  
واعلم أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الاوثان لا يجبرون  
وأما الزنادقة فالوجه أن يؤخذ خبر أنه زيد بن ثابت قال لا تقبل ثوباً فان أخذتم ثوباً لا تقبل ثوبه  
ويقتل لانهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية (قوله ولا حزية على امرأة  
وصبي) وكذا على مجنون بلان خلاف لان الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي وعن قتالهم  
نصرة للمسلمين على قولنا وهو لا يسوا كذلك (ولا على أعى أو زمن ولا المفلوج) وعن الشافعي  
تؤخذ منهم لاعتبارها بأجرة الدار (ولا) تؤخذ (من الشيخ الكبير) الذي لا قدر له على قتال ولا كسب

وقوله (لانها وجبت بدلا عن القتل) يعني في حق الماخوذ منه (أو عن القتال) أي عن النصرة في حقنا كما تقدم ولا يجب البذل الاعلى من يجب عليه  
الاصل والاصل وهو القتل أو القتال لا يحقق في حق المرأة والصبي لعدم الاهلية فكذا البذل

(قوله وأيضاً الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب بجوار استرقاقهم) أقول قوله من العرب بيان للضمير في قوله بينهم وبين عبدة الاوثان  
قال المصنف (لان أبا بكر رضي الله عنه) أقول الدليل أن خص من المدعى ويمكن التعميم باقتباس قال المصنف (استرق نسوان بني حنيفة)  
أقول قال في القاموس حنيفة كسفيئة لقب أنال بن لجيم أجيح منهم خولة بنت جعفر الحنيفة أم محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه

لمابينا وعن أبي يوسف أنه يجب إذا كان له مال لانه يقتل في الجله إذا كان له رأى (ولا على فقير غير معتمل)  
 خلافا للشافعي له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه وإنما أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل  
 وكان ذلك بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا  
 الخراج والحديث محمول على المعتمل (ولا توضع على المملوك والمكاتب والمذبر وأم الولد) لانه بدل عن القتل  
 في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك

(وعن أبي يوسف تؤخذ منه إذا كان له مال لانه يقتل في الجله إذا كان له رأى) في الحرب وجه الظاهر أنه  
 لا يقتل ولا يقتل وهو المراد بقوله (لمابينا) والجزية بدل عنها ويقتل من الرجل كعلم برمن زمانه (قوله ولا  
 على فقير غير معتمل) أي الذي لا يقدر على العمل وإن أحسن حرفة وعلى قول الشافعي عليه الجزية ذمته (له  
 إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حال (ولنأنا أن عثمان لم يوظف  
 الجزية على فقير غير معتمل) أراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه  
 في كتاب الأموال حدثنا الهيثم بن عدي عن عمر بن نافع قال حدثني أبو بكر العباسي صله من زفر قال أبصر عمر  
 شيئا كبيرا من أهل الذمة يسأل فقال له مالك قال ليس لي مال وإن الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما أنصفناك  
 أكانا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب إلى عماله أن لا يأخذوا الجزية من شيخ كبير (ولأن خراج  
 الأرض كالأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس) بجماع عدم الطاقة لحكمة دفع الضرر الدينوي  
 (والحديث محمول على المعتمل) بالمعنى الذي ذكرنا وتوظيف عمر المقترون بالإجماع جمع بين الدليلين فان قلت  
 ما تقدم من توظيف عمر ليس فيه المعتمل قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر درهما  
 أخرجه البيهقي لا يقال فنفيه عن غير المكتسب بالفهوم المخالف ولا يقولون به لانا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز  
 أن يضاف إلى الأصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انما توظف على المعتمل إذا كان بها في أكثر  
 السنة والأفلاجزية عليه لان الانسان لا يتحملون قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن نصف  
 العام (قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمذبر وأم الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في  
 حقنا) وعلى الاعتبار الاول يجب لان المملوك الحربي يقتل (وعلى الاعتبار الثاني لا يجب) لان المملوك عاجز  
 عن النصرة فامتنع الأصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الأصل وامكانه نداد بين الوجوب وعدمه  
 (فلا يجب بالشك) والوجه أن يقال انما يبدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا بجماع فلا يتحقق الثاني  
 لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزية وهذا المأخذ كره في ما يلي هذه المسئلة وإذا كان خلفا  
 عن المجموع فلا يحسن قوله فلا يجب بالشك بل لا يجب بلاشك ثم لا يخفى أن ذكر أم الولد ليس على ما ينبغي

فمكذا إذا كانت ذممة قلنا الجزية مباشرة خلعنا عن النصرة في حقنا لا غير بل خلفنا عن النصرة في حقنا وعن  
 القتال أو عن القتل في حق الماسخوذ منه ولهذا يصر في الماسخوذ إلى المعاملة لتحصيل النصرة بما لا يتحصل  
 بيده لو كان مسلما فاذا لم يكن من أهل القتال والقتل والجزية بدل عن الأمرين فلا يجب باحدهما (قوله  
 وعن النصرة في حقنا) لأن أهل الذمة يصرون منادارا والقيام بنصرة الدار واجب على أهلها ولا تصلح أبدانهم  
 لهذه النصرة فليعلم إلى أهل الدار المعادية اعتقادا فوجب الشرع عليهم في أموالهم خزية عقوبة عليهم على  
 كفرهم بدلا عن القتل وخلعنا عن النصرة التي فانت باصرارهم على الكفر في حقنا (قوله وجوابه ما قلنا من  
 تغليظ كفرهم) وإذا أظهرنا عليهم ففسادهم وصبيانهم في لانه عليه السلام سبي ذرية أو طامس وهو أزن  
 واسترق أبو بكر رضي الله عنه نسوان بني حنيفة وصبيانهم لم يردوا وقسم بين الغائمين حتى وقع في سهمهم على  
 رضي الله عنه المنغية قوله ولم منها محمد بن الحنفية وإذا أظهرنا عليهم أي على مشركي العرب والمريدين الآن  
 ذراري المريدين ونساءهم يجبرون على الاسلام وذواري عبدة الاوثان من العرب ونساءهم لا يجبرون على  
 الاسلام وحنيئة أبو حنيفة من العرب (قوله وعلى اعتبار الثاني لا يجب) أي على اعتبار النصرة لانه لا يجب

وقوله (لمابينا) يعني قوله  
 وهما لا يقتلان ولا يقتلان  
 وقوله (له إطلاق حديث  
 معاذ) هو قوله عليه الصلاة  
 والسلام خذ من كل حال  
 وحالته وقوله (وعلى اعتبار  
 الثاني لا يجب) يعني أن  
 الجزية بدل عن الأمرين  
 كما صرته وعلى اعتبار  
 الاول يجب وضع الجزية  
 لان الأصل يتحقق في حق  
 المالكين لان المملوك  
 الحربي يقتل فيحقق البدل  
 أيضا وعلى اعتبار الثاني  
 لا يجب لان العبد لا يقدر  
 على النصرة فلا يجب عليه



بدله وقوله (لأنهم يحملوا الزيادة بسببهم) أي صاروا إليهم بسببهم من صنف (٢٩٥) الاغنياء أو وسط الحال حتى وجب عليهم زيادة على

مقدار الواجب على الفقير  
المعتمل فلو قلنا بوجوبها  
على المولى بسببهم لكان  
وجوب الجزية مرتين  
بسبب شي واحد وذلك  
لا يجوز وقوله (ولا توضع على  
الرهبان) واضح قال (ومن  
اسلم وعليه جزية سقطت  
عنه) إذا أسلم من عليه الجزية  
أومات كافر أو عبي أو صار  
زمنًا أو متعذرًا أو شيخًا كبيرًا  
لا يستطيع العمل أو  
فقيرًا لا يقدر على شيء وبقيت  
عليه الجزية سقطت عنه  
عندنا سواء كانت هذه  
العوارض قبل استكمال  
السنة أو بعدها (خلافا  
لشافعي رحمه الله) أنها  
وجبت بدلا عن العصمة أو  
عن السكنى وقد وصل إليه  
المعوض وكل ما وجب بدلا  
عن شيء وقد وصل إليه  
المعوض (لا يسقط عنه  
العرض بهذا العرض) أي  
بالإسلام أو الموت (كافي  
الاجرة والصلح عن دم العمد)  
فإن الذي إذا استوفى منافع  
الدار المستأجرة ثم أسلم أو  
مات لا تسقط عنه الاجرة  
لأن المعوض قد وصل إليه  
وهي منافع الدار وكذا إذا  
قتل الذي يرزقها عدا ثم صالح  
عن الدم على بطل معلوم ثم  
أسلم أومات لا يسقط عنه  
البديل لأن المعوض وهو  
نفسه قد سلم له وانما رد في  
قوله بدلا عن العصمة أو  
السكنى لاختلاف العلماء في  
أن الجزية توجب بدلا عما إذا

(ولا يؤدي عنهم موالهم) لأنهم يحملوا الزيادة بسببهم (ولا توضع على الرهبان الذين لا يخاطون الناس)  
كذا ذكره نواز كرم محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع عليهم إذا كانوا يقدر على العمل وهو قول أبي يوسف  
وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الأرض الخراجية ووجه الوضع  
عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخاطون الناس والجزية في حقهم لا سقط القتل ولا بد أن يكون المعتمل  
صحيحا ويكتفي بهته في أكثر السنة (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) وكذلك إذا مات كافر أخلافا للشافعي  
فهي ماله أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه المعوض فلا يسقط عنه المعوض بهذا  
العارض

فإن من المعلوم أن الجزية على النساء ولعله ابن أم الولد فسقطت لفظة ابن (قوله ولا يؤدي عنهم موالهم)  
يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز أن يقال أنها تؤخذ من موالهم فيؤدون عنهم فأزال هذا الاحتمال بقوله ولا  
يؤدي عنهم موالهم (لأنهم يحملوا الزيادة) في الجزية حتى لم يجرى عليهم الجزية الاغنياء (بسببهم) فلا يؤخذ منهم  
عنهم شيء آخر الا كانوا ملزمين بجزية أو يقرر وجه آخر وهو أنهم يحملوا الزيادة بسببهم فكانت  
الجزية عنه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شيء آخر وهذا بناء على أن غنى المالك بهم لأنهم مال ويجرون المال  
بالكسب (قوله ولا توضع على الرهبان) جمع راهب وقد يقال لا واحد رهبان أيضا وشرط أن لا يخاطل الناس  
ومن خالط منهم عليه الجزية (هكذا ذكر) القدوري (وذكر محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع عليهم إذا كانوا  
يقدر على العمل وهو قول أبي يوسف وجه الوضع أنه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل أرض  
الخراج من الزراعة (ووجه وضع الجزية عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخاطون الناس والجزية في  
حقهم لا سقط القتل) ولا يخفى أن هذا أصل قول الشافعي على ما تقدم أنهم عندنا بديل عن نصرتهم التي فأت  
بالكفر وعندنا بديل عن القتل فإداهمة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتمد فقط بل المجموع عنده ومن  
كونه خلفا عن نصرتهم أيا فأتى تخالف أحدهما انتهى وجوبها وعن محمد لا جزية على السياحين قبل مجوزاته  
أراد من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتقاها ويجوز أن يقول هو من لا يخاطل الناس ومن لا يخاطل الناس  
لا يقتل (قوله ومن أسلم وعليه جزية) بأن أسلم بعد كمال السنة (سقطت عنه) وكذلك إذا مات كافر أخلافا للشافعي  
فيهما) وكذا الوما في أثناء السنة وأسلم وفي أصح قولي الشافعي لا يسقط فيهما أيضا سقط ما مضى وعلى هذا  
الخلافا لوعى أوز من أوافدوا صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل أو أفقر بحيث لا يقدر على شيء (له أن  
الجزية توجب بدلا عن العصمة) التي ثبتت للذي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي (أو بدلا عن السكنى) في  
دار الإسلام كما هو قول آخره (وقد وصل إليه المعوض) وهو حق دمه وسكناء إلى الموت أو الإسلام وصار  
بذلك مستوفيا المبدل فتهرب البديل دينًا في ذمته (فلا يسقط بهذا العارض) الذي هو موته أو إسلامه كسائر

عليهم النصرة والجزية بديل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا (قوله ولا يؤدي عنهم موالهم) لأنهم  
تحملوا الزيادة بسببهم أي تحملوا زيادة الجزية بالغنى بسبب هؤلاء وتؤخذ الجزية من كل كافر سوى  
مشركي العرب والمزنيين وأما الصابئون فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تؤخذ منهم الجزية وقال أصحابه لا  
تؤخذ قالوا وانما قال ذلك أبو حنيفة رحمه الله لأنه وقع في رأيهم من أهل الكتاب وأما الزنادقة فآخذ الجزية  
منهم بناء على قبول التوبة منهم قالوا وجاء الزنديق قبل أن تؤخذ فآفرانه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته فإن  
أخذ ثم تاب لا تقبل توبته لأنهم باطنية يظهرون شيئا ويعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ  
منهم الجزية ولا تقبل توبته كذا في سير فتاوى قاضيان رحمه الله (قوله وكذلك إذا مات كافر) وكذلك  
إذا هب أو صار متعذرا أو زمنًا أو شيخا كبيرا لا يستطيع أن يعمل أو صار فقيرا لا يقدر على شيء وبقي عليه من  
جزية رأسه شيء سقط ذلك الباقي كذا في فتاوى قاضيان رحمه الله (قوله أنه وجبت بدلا عن العصمة)

قال المصنف (ومن أسلم إلى قوله خلافا للشافعي فيهما) أقول في وجوب الشافعي ولو أسلم أومات بعد مضي السنة استوفى ولو مات في أثناء السنة طواب  
بسط على أحد القولين



فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمته قال الشافعي رحمه الله لان الله تعالى أمر بالقتال ومده الى غاية يتهيأ اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى في دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الشر لا يكونون من أهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من أهل دارنا بما يؤدون من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصر التي قامت باصرارهم على الكفر وقد تقدم وأعيد ههنا توضيح ذلك لانهم لما صاروا من أهل دارنا بقبول النعمة ولهذه الدار دار معاد يوجب عليهم القيام بنصرتها ولا تصلح أبدانهم لهذه النصر لان الظاهر أنهم يملكون إلى أهل الدار المعادية لاتحادهم في الاعتقاد فوجب (٢٩٦) عليهم الشرع الجزية لتلوث ذمتهم فتصرف الى المقاتلة فتكون خلعا عن النصر قال

كفى الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على مسلم جزية ولا نكاح وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية يتهيأ والجزء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدين لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام

الدين من الاجرة والصلح عن دم العمد فلهذا قل جلا عدا فصالح على مال ثم مات قبل أدائه (ولنا ما) أخرجه أبو داود والترمذي عن جرير بن علقمة بن أبي طيمان عن أبيه عن ابن عباس رضي الله عنه ما قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية) قال أبو داود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا أسلم فلا جزية عليه وبالعقد الذي فسر به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قالوا وسئل قالوس في مسند الطبراني فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الغائبة اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فلاخبار به من جهة الغائبة ليس كالإخبار بسقوطها في حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه يعم موته واسلامه وهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترفع الجزية لان كلامنا محال الاجماع فان عقلت حكمة فذلك والاوجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الارض والجزية يتوضح اذا اذلال في خراج الارض لانه مؤنة الارض كما تبقى في أيدينا والمسلم من يسمى في بقائها المسلمين بخلاف الجزية لانها اذلال ظاهر وشار وأما الاسترقاق فلان اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين بربته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فانه لم يتعلق به ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كملك الخاص (قوله ولانها) أي الجزية انما (وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية يتهيأ والجزء واحد) وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية ولا شك في انتفاء الاول ولذا أخذ بطريق الاذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين أنها عقوبة على معصية الكفر دينية لا بدل معاوضة كما ظنه (فتسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت) ولهذا لا يضرب من سبق موته اقامته ثبت عليه ولان العقوبة الدينية لا تسقط الا لدفع شره في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحاربه والغتة عن الدين الحق (وقد اندفع بالموت والاسلام) وهذا لا ينافي كونها بدلا أي خلعا عن النصر لانه كانت عقوبة دينية على كفره

اذ أصل العصمة بالاسلام كما ورد به الحديث والذي عصم ذمه بغير الاسلام بما التزم من المال للمسلمين أو عن السكنى فانه لما أراد سكنى دارنا بدأ بالاعمال وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط العوض بعراض الاسلام أو الموت (قوله في الاجرة والصلح عن دم العمد) يعني لو كانت الجزية بدلا عن السكنى تكون في معنى الاجرة فلا تسقط بالموت والاسلام كما في الاجرة ولو كانت بدلا عن العصمة تكون في معنى بدل الصلح عن دم العمد وذلك لا يسقط بالموت والاسلام فكذلك ما هو في معناه (قوله وهي والجزء واحد) وهو يطلق على المنوبة

شمس الاثمة السرخسى رحمه الله وهو الاصح الأثرى أن الجزية لا تؤخذ من الاعمي والشيخ الغاني والمعتوه والمقدم أنهم مشاركون في السكنى لانه لم يلزمهم أصل النمرة بأبدانهم لو كانوا مسلمين فكذلك لا يؤخذ منهم ما هو خاف عنه (ولنا) قوله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية) رواه ابن عباس رضي الله عنهما وهو مطلق فيجوز على الطلاقة بسل الانصاف أن المراد به بعد الاسلام لان كل أحد يعلم أن المسلم لا تكون عليه جزية فتعين أن يكون المراد به أنها تسقط بالاسلام اذ لو لم تسقط لصدق أن على هذا المسلم جزية وقوله (ولانها) وجبت عقوبة (الح) ظاهرا وعرضا بانه ألحق ضرب الجزية فيها تقدم بالاسترقاق بالمعنى الجامع بينهما ما يقال ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فكيف افترا في البقاء حيث يبقى العبد

وقد تقدم بالاسلام ولا تبقى الجزية بعده مع أن كلامنا في ابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب أن أداءه ولا نكاح الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وشارع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف في الاصول

(قوله باعتبار الاصل) أقول الذي هو الاسلام لان الدار دار الاسلام (قوله وهو الاصح الح) أقول بالنسبة الى القول الشافعي كما يفهم من دليله وأيضا نحن لانتي كونها بدلا عن القتل (قوله وهو مطلق الح) أقول فينتفي عنه ابتداء بقاء قال المصنف (ولا تقام بعد الموت الح) أقول يعني من قبلنا الله يقيمها قال الله تعالى ولنذيقنهم من العذاب الذي دون العذاب الا كبر لعلمهم يرجعون قال المصنف (وقد اندفع بالموت والاسلام)

والاسلام ينافي الصغار فتسقط الجزية به بخلاف الاسترقاق فإنه لم يشرع كذلك وقوله (والعصمة تثبت بكونه آدميا) جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه أن العصمة ثابتة لآدمي من حيث انه آدمي لما مر أنه خلق معصلا أعباء التكليف فلا يصلح ان تكون الجزية الظارئة بدلا عنها ولقاتل أن يقول سلمنا أنها ثابتة لآدمية ولكنها سقطت بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب أنها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان تكون من عصمة فبما مضى أو فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثاني لان الاسلام يغني عنها وقوله (والآدمي يسكن ملك نفسه) جواب عن قوله أو السكني ومعناه أن الآدمي يملك موضع السكني بالشراء أو غيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب البدل بسكناه في موضع مملوك له فلو كانت الجزية أجرة كان وجوبه بالاجارة (٢٩٧) لا بحالة ويستلزم فيها التأقيت لان

الاجتهاد يطلها وحيث لم يشترط التأقيت في السكني دل على ان الجزية لم تكن بطريق الاجارة فان قال قائل كأنه لا يجوز أن تكون بدلا عن العصمة والسكني فكذلك لا يجوز أن تكون بدلا عن النصرة أيضا ألا ترى أن الامام لو استعان بأهل الذمة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه أوجب بانها انما تسقط لانه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الآدمي المال دون النفس قال (فان اجتمعت عليه الحولان) أنت فعل الحولان اما باعتبار حذف المضاف أي اجتمعت جزية الحولين واما بتأويل السنتين وأتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل اللفظ ولا بهام في قوله وجاءت سنة أخرى على ما بينه وكلامه واضح وقوله (وقبل لاتداخل فيه) بالتأني في بيان

ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذي يسكن ملك نفسه فلا معنى لاجباب بدل العصمة والسكني (وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وجبه الله يؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله (وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قوله جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة) أما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لاتداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافة أن الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفي وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين

الذي هو سبب الحرابة دفعها لها باضعافه باخذها منه وبدلا عن نصرته الغائبة بكفره واذ كانت خلفا بضاعت النصرة انتفت بالاسلام لان شرط الخلف عدم القدرة على الاصل وقد قدر عليها بالاسلام وأما قوله انها بدل عن العصمة فهي ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلفه أو لظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن السكني قلنا ان الذي يسكن ملك نفسه فلا يكون أجرة ولانه اعقد الذمة صار من أهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكنه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام في ابطال الامرين فان العصمة الاصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالجزية ويكفي ما ذكرنا من دلالة أنها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها التمكن اقامتها وهذا لانها عقوبة مستمرة لا ستمرا للسبب وهو كفره الداعي الى حرابته ولا يتمكن من اقامتها هذه العقوبة على الاستمرار الا بعصمته (فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت) أي الجزية أنت فصل الحولين لتأويله بالسنتين ولاداعي الى ذلك من أول الامر أو بتقدير مضاف أي جزية حولين ولفظ القدوري فيما ذكره الاقطع وان اجتمع عليه حولان (وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله يؤخذ منه فان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قوله جميعا وكذا ان مات في بعض السنة أما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف (فان مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده وعندهما يؤخذ منه ماضيا (وقيل لاتداخل) فيؤخذ ماضيا بالاتفاق لهما في الخلافة) وهي تداخل الجزية (أن الخراج) أي الجزية لانها خراج الرأس (وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها) على الوجه المأمور به (تستوفي وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين) لانه مادام كافرا أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلاله والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية وهذه ليست بمثوبة فتعين عقوبة ولهذا تستوفي بطريق المذلة والصغار وفي النص إشارة اليه بحيث جعل حالهم عند الاعطاء فيكون اضرارا ظاهرا وهي المعنى بالعقوبة (قوله والعصمة تثبت بكونه آدميا) جواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى عليها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكني

(٣٨) - (فتح القدير والكفاية) - خامس الفرق بينهما والفرق أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم أرضا خارجية يجب عليه الخراج فجاز أن لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاؤها لم يشرع في حق المسلم أصلا والعقوبات تتداخل وقوله (لها في الخلافة) أي فيما اذا اجتمع عليه الحولان (أن الخراج وجب عوضا) على ما تقدم وكل أقول لم لا يجوز أن يكون المقصود دفع شرهه وذلك لا يندفع بالموت (قوله والاسلام ينافي الصغار الخ) أقول أنت خير بان الرق نفسه صغار بل لا صغار فرقة فالاولى أن يجاب بجواب غيره (قوله لما مر أنه خلق معصلا) أقول في أو خراب المستأمن (قوله وان كانت اسقطت بالكفر) أقول كما سبق في باب المستأمن (قوله لا سبيل الى الاول وهو ظاهر) أقول فيه بحث لا يري الى قول الشافعي وقد وصل اليه المعروض

ما وجب عوضا إذا اجتمع وأمكن استيفاءه يستوفى كما في سائر الاعراض وقد أمكن لأن الغرض أنه حتى واستيفاء المال من الحي يمكن إذا لم يمنع منه الاسلام بخلاف ما إذا أسلم وقوله (ولا يحنيفة) ظاهر وقوله (على ما بيناه) أراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولا نها وجبت عقوبة على الكفر والقتال أن يقول قد تكرر في كلامهم أنهم أو جبت بدلا عن النصر أو السكنى أو العصمة وتكرر أيضا فيه أنهم أو جبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شيء فيلزم (٢٩٨) فوارد علي بن مفضل واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك أن كونها

عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصر لأن إيجاب النصر لغیر أهل دينه يستلزم عقوبة لا محالة وقوله (ولهذا) توضيح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتليب أخذ موضع اللب من الثياب واللبيب موضع الغلظة من الصدر وقوله (ولأنها وجبت بدلا عن القتل) استدلال من جهة المزموم وما تقدم كان من جهة اللازم وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل وقوله (وله بعض المشايخ على المضي مجازا) قال الامام نضر الاسلام في شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة أخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لأنهما عند آخر الحول يجب وهذا قريب من المجاز لأن مجيئ كل شهر مجيء أوله وأقول في مجوز المجاز أن مجيئ الشهر يستلزم مجيء الآخر لا محالة وذكر المزموم واردة اللازم مجازا وقال بعضهم معناه دخول أولها لأن الجزية يجب بأول الحول والتأخير إلى آخره تخفيف وتأجيل

بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاءه ولا يحنيفة أنهم أو جبت عقوبة على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في أصح الروايات بل يكاف أن يأتي به بنفسه فيعطى قائما والقباض منه قاعد وفي رواية يأخذ بتليبيه وجزءه أو يقول أعط الجزية يا ذئبي فثبت أنه عقوبته والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولا نها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصر في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لأن القتل إنما يستوفي لحرب قائم في الحال لا لحرب ماض وكذا النصر في المستقبل لأن الماضى وقعت الغنية عنه ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب بأخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع وعند البعض هو مجرى على حقيقة والوجوب عند أبي حنيفة بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكاة ولأننا أن ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل

بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاءه لأن المسلم لا يجب اذلاله بل يجب توقيره (وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المقتض من أعضائها خلاف ما تقدم وأنه بقول الشافعي ألبق) فان أراد بدلا عن الاعراض الاخرية الواقعة عقوبة تم عليها وجه أبي حنيفة القاتل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كغارات الاقطار في رمضان مع انها عقوبة وعادة غير أن المرجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله (ولهذا الخ) استيضاح على انها عقوبة بمعنى (لو بعث بها على يد نائبه لا تقبل منه في أصح الروايات بل يكاف أن يأتي بها بنفسه فيعطى قائما والقباض جالس وفي رواية يأخذ بتليبيه) وهو ما يلي صدره من ثيابه (ويقول لفظ الجزية يا ذئبي) وقبولها من النائب يغوث الأمور به من اذلاله عند الاصطفاء قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وجه آخر (أنها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصر في حقنا) كما ذكرنا لكن في المستقبل يعني عن القتل في المستقبل والنصرة في المستقبل (لأن القتل إنما يستوفي لحرب قائم في الحال لا لحرب ماض وكذا النصر في المستقبل لأن الماضى وقعت الغنية عنه) بانقضائه فانقطعت الحاجة فيه الى شيء من الاشياء وفي المبسوط ولأن المقصود ليس هو المال بل استدلال الكافر واستصغار هذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة (ثم قول محمد في الجامع وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على معنى السنة مجازا فقال الوجوب بأخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع في الحولين أو في الجزيتين (فتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقة) وهو أن يراد دخول أول السنة فان مجيء الشهر مجيء أوله ومجيئ السنة مجيء أولها والاصح هو هذا (فالوجوب عندنا بأول السنة وعند الشافعي رحمه الله في آخرها اعتبارا بالزكاة ولأننا أن ما وجبت) الجزية (بدلا عنه) وهو النصر (والقتل لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه) من أن القتل إنما يستوفي لحرب قائم في الحال دفعا للضرورة عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج الى ذلك في المستقبل بخلاف الزكاة لأن الوجوب في المال النامي فلا بد من الحول ليتحقق الاستملاء فلم يجب قبضه لعدم انصافه بذلك قبله ثم أقیم الحول مقام النماء لانه الممكن منه فصار المال به ناميا

تقدرا (قوله) ولأننا أن ما وجب بدلا عنه (فالتدوي وجبت الجزية بدلا عنه القتل في حقهم والنصرة في حقنا والقتل إنما

على

عند أبي حنيفة وعلى هذا يتحقق التداخل عند مجيء شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح

قال المصنف (والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول) أقول سيجي في آخر كتاب الكراهية ان في زماننا ان يؤخذ الخراج في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خارج السنة الماضية هو الصحيح قال المصنف (وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكاة) أقول قال الاتعاني قياسه ممنوع لأن الزكاة تجب بأول الحول عندنا بشرط الحول للضعيف اه قال الزيلعي ولا يلزم ما لا الزكاة لأنهم انما وجبت في آخر الحول ليتحقق النماء

وقوله (على ما قررناه) اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفى الحرمان في الحال للحزب ماض الخ ويحتاج الى الجواب عن الزكاة وهو أن الزكاة وجبت في آخر الحول لانها تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستثناء لاشتماله على الفصول الاربعه على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء \* (فصل) \* لما فرغ من بيان ما يجب على (٢٩٩) أهل الزمة بسكنهم في دار الاسلام شرع

في بيان ما يجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى (ولا يجوز احدثا بيعه ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاص في الاسلام ولا كنيسة) والخصاص بكسر الخاء والمدة على وزن فعال مصدر خصاص اذا نزع خصيته والاختصاص في معناه تخطأ ذكره في المغرب والمناسبة بين ذكر الخصاص والكنيسة هي ان احدثا الكنيسة في دار الاسلام ازالة للفعولية أهل داره معنى كان الخصاص ازالة للفعولية الحيوان ان كان الخصاص على حقيقته وان كان المراد به التبتل والامتناع عن النساء بلا زمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام ولا كنيسة احدثها فهو في معنى النهي أى لا تحدث كنيسة في دار الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدتهم وكذا البيعة كان مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وقوله (والصومعة للختل فيها بمنزلة البيعة) أى لا يمكنون من احدثا الصومعة التي يتخلون فيها

على ما قررناه فتعذر ايجابه بعدمضى الحول فاجبناه في أوله \* (فصل) \* ولا يجوز احدثا بيعه ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام لا خصاص في الاسلام ولا كنيسة والمراد احدثاها (وان احدثت البيعة والكنائس القديمة أعادوها) لان الابنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة لأنهم لا يمكنون من نقلها لانه احدثا في الحققة والصومعة للختل فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في المصار دون القرى لان المصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يتخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى أيضا لان فيها \* (فصل) \* لما كانت هذه الاحكام تتعلق بالذي باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك (قوله) ولا يجوز احدثا بيعه) بكسر الباء (ولا كنيسة في دار الاسلام) وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفي ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد القرى وللفظ الدبر للنصارى خاصة وقيل المصنف عموم دار الاسلام بالمصار دون القرى لان المصار هي التي تقام فيها الشعائر فاحداثها فيها معارضة باظهار ما يتخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر أن في قرى ديارنا أيضا لا تحدث في هذا الزمان (والمروى عن صاحب المذهب) يعني أباحه فيقرض الله عنه كان (في قرى الكوفة) لان أكثر أهلها أهل ذمة بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الأئمة في شرحه في كتاب الاجارات الاصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السوادوان كان هو في السير الكبير قال ان كانت قرية غالب أهلها أهل الذمة لا يمنعون وأما القرية التي سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ما ذكرنا فصار اطلاق منع الاحداث هو المختار فصدق تعميم القدوري منعها في دار الاسلام (والصومعة) وهو ما بيني (للختل) عن الناس والاختطاع (فيها) لهم مثلها فيمنع أيضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدوري (وان احدثت البيعة والكنائس القديمة أعادوها) قال المصنف (لان الابنية لا تبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنها غير أنهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانه احدثا) في ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفي هذا التعليل يستوفى لحزب قائم للحزب ماض فكذا النصره انما تتحقق في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه فلو قلنا بان الوجوب في آخر السنة يلزم أن لا يجب شي لان في الماضي من السنة لم يبق الحزب قائما وقعت الغنية عن النصره فلا يجب وأما الجواب عن اعتباره بالزكاة نقلنا انما وجبت الزكاة في آخر الحول لان الزكاة انما تجب في المال النامي وحولان الحول هو الممكن من الاستثناء لاشتماله على الفصول الاربعه على ما مر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء (قوله على ما قررناه) اشارة الى قوله لان الماضي وقعت الغنية عنه (قوله) فاجبناه في أوله بخلاف الزكاة لان سببها المال النامي والنمو لا يتحقق الا بمدة وقدوت مدة النمو بالحول فقبل حولان الحول لا يثبت \* (فصل) \* (قوله) لقوله عليه السلام لا خصاص في الاسلام ولا كنيسة) الخصاص بكسر الخاء والمدة على فعال مصدر خصاص بخصيه أى نزع خصيته والاختصاص في معناه خطأ ذكره في المغرب وقبل المراد به التبتل والامتناع عن النساء كما يفعله أهل الكتاب حتى يصير في حكم الخصى يقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدتهم وكذلك البيعة مطلقا في الاصل وان غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى (قوله) والصومعة للختل فيها بمنزلة البيعة) أى لا يمكنون من احدثا الصومعة التي يتخلون فيها أيضا

أيضا للعبادة بخلاف موضع الصلاة) أى صلاة الذمى (في البيت) فانهم يمكنون من ذلك (لانه تبع للسكنى) وقوله أو هي لا تجب الا في المال النامي اه \* (فصل) \* ولا يجوز احدثا بيعه ولا كنيسة في دار الاسلام (قوله) والمناسبة بين ذكر الخصاص والكنيسة الى قوله فالمناسبة ظاهرة) أقول لم يثبت ذلك كقوله عليه الصلاة والسلام لا رهبانية في الاسلام

بعض الشعائر والمروى عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها الذمة

إشارة إلى أن ذلك إذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على اراضيهم سواء كان  
اماما في زمن الصحابة والتابعين أو بعدهم قبل أمصار المسلمين ثلاثة أحدها ما مصره المسلمون كالكوفة  
والبصرة وبغداد واسط فلا يجوز فيها الأحداث ويعتولا كنيسة ولا مجتمع لصلاتهم ولا صومعة ولا جعاع أهل  
العلم ولا يكتنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز  
فيها أحداث شئ بالاجعاع وما كان فيها شئ من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعي في قول وأجسد في  
رواية يجب وعندنا جلعهم ذمة أمرهم أن يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ولكن لا تهمدم  
وهو قول للشافعي ورواية عن أحد لان الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديوار ولم  
ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح صلحافان صالحهم على أن الأرض لهم والخراج لنا جازا احدا منهم وان صالحهم على  
أن الدار لنا يؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما وقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين  
الأحداث لا يمتنعهم الآن الأولى أن لا يصلح لهم الاعلى ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم أحداث شئ  
منها وان وقع الصلح مطلقا لا يجوز الأحداث ولا يتعرض للقدعة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر  
واتخاذ الخنزير بالاجعاع انتهى وقوله يمتنعون من شرب الخمر أي التجاهر به واظهاره وفي المحيط لو ضربوا  
الناقوس في جوف كنائسهم لا يمتنعون انتهى وقال محمد كل قرية من قرى أهل الذمة أو مصر أو حد يقاتلهم  
أظهر وانهم اشياء من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمتنعون منه وكذا عن الزامير  
والطنائير والغناء ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن واعلم أن البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهمدم على  
الروايات كلها وأما في الأمصار فاختلاف كلام محمد فذكر في العشر والخراج تهمدم القديمة وذكر في الإجارة  
أنها لا تهمدم وعمل الناس على هذا فأنارأينا كثيرا منها توالى عليها التمتد وأزمان وهي باقية لم يامرهم بها امام  
فكان متوارنا من عهد الصحابة رضي الله عنهم وعلى هذا الوهمصر نارية فيها ادراكا وكنيسة فوق في داخل السور  
ينبغي أن لا يهمدم لانه كان مستقعا لالامان قبل وضع السور فبمحل ما في جوف القاهرة من الكنائس  
على ذلك لانها كانت فضاء فادار العبيدون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويعبد من امام تمكين  
الكفار من أحداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية فالظاهر أنها كانت في الضواحي فادار السور عليها  
فاحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الاسلام غير خيرة العرب كلها ينبغي أن لا تهمدم  
لانها ان كانت في أمصار قدعة فلا شك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقرها وبعد  
ذلك ينظر فان كانت البلدة تحت عنوة حكمنا بانهم يبقوها مساكن لا معابد فلا تهمدم ولكن يمتنعون  
من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف أنها فتحت صلحا حكمنا بانهم يبقوها مساكن لا معابد فلا يمتنعون من ذلك فيها  
بل من الاظهار وانظر الى قول الكرخي أنهم اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك  
فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبوا فاما أن يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصر  
فليس لهم ذلك ولكن يخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المصنف على عدم الأحداث (بقوله صلى الله  
عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة) قال المصنف رحمه الله (المراد أحداثها) وهذا لان البيعة قد  
تحقت كثيرا من الصحابة في الصلح وفي رواية البيهقي تهمدم بذلك في سنته عن ابن عباس قال قال رسول الله  
صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام حدثنا عبيد الله  
ابن صالح حدثنا الليث بن سعد حدثني نوبة بن النمر الحضرمي قاضي مصر عن أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه  
وسلم قال لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال وروى أبو الاسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن أبي الخير

(والمروى عن صاحب  
المذهب) أي عن أبي حنيفة  
رضي الله عنه والمراد بالمروى  
هو ما ذكره آتفا بقوله  
وهذا في الأمصار دون القرى

(قوله والمروى عن صاحب المذهب) أي عن أبي حنيفة رحمه الله والمراد من المروى قوله وهذا في الأمصار دون  
القرى جزر الماء اذا انفجر عن الأرض حين غار ونقص منه ومنه الجزيرة ويقال جزيرة العرب لارضها وحدها

وقوله (في جزيرة العرب)

فقبل انما سميت أرض العرب بالجزيرة لان البحر فارس وبحر الخش ودجلة والفرات قد أحاطت بها وقوله (و يؤخذ أهل الذمة بالتميز) ظاهر وذ كر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدوري كأنه قال وكيفية التميز ما ذكره في الجامع الصغير الخ والكسبي خيطا غلظ بقدر الاصبع يشده الذي فوق ثيابه دون ما يترينون به من الزنا بئر المختدة من الابريسم وقوله (صيانة الضعفة المسلمين) أى الضعفة في الدين لا البدن أى يفعل ذلك بهم لئى يكونوا فى أعين المسلمين الذين لم يتصلبوا فى دين الاسلام اذ لا صافرس حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم فى الرزق والملابس والمراكب ورواق حالهم فان قيل لم ياخذ النبي صلى الله عليه وسلم من يهود اللد ينة ولا نصارى نجران ولا مجوس همجر بذلك فيكون بدعة أجيب بانهم فى زمن النبي

لأن بحر فارس وبحر الحبش ودجلة وفرات قد أحاطت بها الكسبيج عن أبي يوسف رحمه الله خبط غليظ بقدر  
الاصبع يشده الذي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزناير المتخذة من الابريسم ومنه أمر عمر رضي الله عنه  
أهل الذمة باظهار الكسبيجات (قوله وصيانة للضعفة المسلمين) المراد من الضعفة هم الضعفة في الدين لا الضعفة  
في البدن أي: غماؤ أخذ أهل الذمة بما ورث عليهم الصغار والذلة لكي يروا في أعين الذين لم يتصلبوا في دين  
الاسلام على وجه الصغار والذلة حتى لا يقولوا ان الكفار يتقبلون في النعمة والدعوة المؤمنين في المحنة  
والضعفة وأن لا يعملوا الى الكفر به مستغتهم وروى حالهم واليه أشار الله تعالى الى قوله ولولا أن يكون



صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين في المدينة (٢٠٢) لا يشبه حالهم فلم يقع الاحتياج الى ذلك ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثرت الناس

من يعرف ويمن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك فأمر بذلك بحضور من العمارة وكان صوابا قال صلى الله عليه وسلم أينما دار عمر فالحق معه وقوله (فانه جفاء في حق أهل الاسلام) أي ترك حسن العشرة بأهل الاسلام

لان في الامر لاهل الذمة بنهرهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنا من الابرسم اهانة لاهل الاسلام لان من أعزده وصديقه فقد أهان صديقه معنى وقوله (أن لا يركبوا الا للضرورة) يعني كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه وقوله (بالصفة التي تقدمت) يعني كهينة

(قوله كانوا معروفين في المدينة) أقول فيبحث قال المصنف (أن لا يركبوا الا للضرورة) أقول في فتاوى الامام الترمذي قبل آخر الكتاب بورقتين تخميننا وفي شرح الحلواني ولا يمنعون من ركوب الجار لان ركوب الجار ذل غير أنه يمنع من أن يضع عليه السرج وكذا لا يمنعون من ركوب البغل لانه تبع الجار والبرذون بمنزلة الجار ألا ترى أنه يوضع عليه الا كاف بخلاف القرس لان ركوبه عز وركوب الجمل جمال يمنعونه الا عند الحاجة اليهم بان يستعين بهم الامام في الحار بثلاثين عن المسلمين

ولان المسلم يكرم والذي يهان ولا يتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة لفعاله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب أن تكون خيطا غليا طام من الصوف يشده على وسطه دون الزنا من الابرسم فانه جفاء في حق أهل الاسلام ويجب أن يتميز نساؤهم عن نساثنى الطرفان والحمامات ويجعل على دورهم علامات كالا يقف عليها سائل يدعواهم بالمغفرة قالوا الا حق أن لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذار كبو للضرورة فلنزلوا في حجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سرجا بالصفة التي تقدمت ومنعون من لباس يخص به أهل العلم والزهة والشرف (ومن امتنع من الجزية أو قتل مسلما أو سب النبي عليه الصلا والسلام أو زنى بمسلة

وهو خيط في غلظ الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنا من الابرسم (لان فيه جفاء بالمسلمين) أي اغلظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين فرما عروق بجهاهم فيقولون الكفار أحسن حالا منا فانهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعيب اليه أشار بقوله تعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحن لبيوتهم سقمان فضة ومعارج عليهم انظرون تنبيه على حسنة الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من شد تاروه وحاشيتهم من الابرسم فمنعهم من لباس الثياب الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والابراد الرقيقة أولى ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استنكاكهم وادخالهم في المباشرة التي يكون بهم امعظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمته خوفا من ان يتغير خاطره منه فيسبى به عند مستكتبه سعاية توجب له منسه الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الجر كهينة الا كف أوقر يامنسه ولا يركبون الخيل بل اختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلا الا اذا خرجوا الى أرض قرية ونحوه أو كان مريضا أي الآن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل في حجامع المسلمين اذا مزمهم ولا يعجبهم السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذ اعرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه أهله وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة فالزمو النصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبضاء وكذا تؤخذ نساؤهم بالزى في الطرق فيجعل على ملاعة اليهودية خرقه صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا في الحمامات وكذا تميز دورهم عن دور المسلمين كي لا يقف سائل فيسدهولهم بالمغفرة أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين (ومنعون من لباس يخص أهل العلم والزهة والشرف) وتجعل مكاءهم خشنه فاسدة اللون ولا يلبسوا طبائسة كطبائسة المسلمين ولا أردية كأرديتهم هكذا أمروا واتفقت الصحابة على ذلك (قوله ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلما أو زنى بمسلة أو سب النبي صلى الله عليه وسلم

الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحن لبيوتهم سقمان فضة الآية) قوله فلو لم تكن علامة مميزة (فلعل الذي يعامل معاملة المسلمين وروما يعوت منهم أحد جفاء في الطريق فاذا لم تكن معه علامة يظنونه مسلما فيصنعون به ما يصنعون بمولى المسلمين والحرز عن ذلك واجب في حق الكفار فان قيل أليس أن النبي عليه السلام لم يأخذ بذلك ثم ود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر قلنا انهم في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا معروفين بالمدينة لا يشبه حالهم فكان لا تقع الحاجة الى ذلك ثم في زمن عمر رضي الله عنه لما كثرت الناس ممن يعرف ويمن لا يعرف وقعت الحاجة الى ذلك وكان ذلك صوابا قال رسول الله عليه السلام أينما دار عمر فالحق معمود كتر الترمذي رحمه الله فيكن في كل بلد من العلامة بما تعارفه أهله لان المقصود يحصل بهذا الجفاء هو الغلط في العشرة والخرق في المعاملة وترك الرفق ومنه قوله فانه جفاء في حق أهل الاسلام أي ترك حسن العشرة بأهل الاسلام لان في الامر لاهل الذمة بنهرهم بما يوجب اعزازهم من اتخاذ الزنا من الابرسم اهانة لاهل الاسلام لان من أعزده وصديقه فقد أهان صديقه (قوله ليركبوا الا للضرورة)

فلا لباس بان يركبوا وهذا كله اذا وقع الظفر عليهم ومن عليهم فاما اذا وقع الصلح معهم على بعض هذه الاشياء فانهم يتركون على ذلك لم



لم ينتقض عهده) لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي صلى الله عليه وسلم يكون نقضاً لانه ينتقض ايمانه فكذا ينتقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر منه والكفر المقارن لا ينعفه الطارئ لا يرفعه قال (ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيجاء بوننا) لا تتم صار واحداً باعلينا فيعري عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (واذا نقض الذي العهد فهو بمنزلة المرتد) معناه في الحكم بموته بالحق لانه التحق بالاموات

لم ينتقض عهده) فيصير مباح الدم باعتبار أنه لا عهد له عندنا وقد بدأ ثم لانه لو امتنع من قبولها نقض عهده والشافعي ينتقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وقبول أحكام الاسلام ولا ينتقض برئانه بمسألة أو أن يصيبها بشك أو أن يغتن مسلم عن دينه أو يقطع الطريق أو يدل على هورات المسلمين أو يقتل مسلماً وهو قول مالك وأحمد الا أن ما كالفال ينتقض باكره المسألة على الزنا أو سبه عليه الصلاة والسلام أو ذكره تعالى بما لا ينبغي فانه يقتله به ان لم يسلم ووافقه في هذا الشافعي في قول وأحمد في رواية وللشافعي أيضاً فيما اذا ذكره تعالى بما لا ينبغي أو سبه عليه الصلاة والسلام قولان آخران أحدهما لا ينتقض والاخر ينتقض وجه قوله هذا (أنه بذلك ينتقض ايمانه) لو كان مسلماً (فينتقض به أمانه اذ عقد الذمة خلف عن الاعيان) في افادة الامان فما ينتقض الاصل ينتقض الخلف الاذني بالطريق الاول وروى أبو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر أن رجلاً قال له سمعت راجعاً سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته اقلت له انتم نعظهم العهود وعلى هذا قال المصنف (ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر من الذي) كجهودة من المسلم (والكفر المقارن) لعقد الذمة (لا يمنع عقد الذمة) في الابتداء (فالكفر الطارئ لا يرفعه) في حال البقاء بطريق أولى يؤيده ما روى عن عائشة رضي الله عنها أن رهطاً من اليهود دخلوا عليه صلى الله عليه وسلم فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت فقههم ما وقلت عليكم السلام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلاً يا عائشة فان الله يحب الرقي في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله ألم تسمع ما قالوا قال صلى الله عليه وسلم قد قلت وعليكم ولا شك أن هذا سب منهم له صلى الله عليه وسلم ولو كان نقضاً للعهد لقتلهم لصبر ورتهم حربيين قالوا وحديث ابن عمر استاده ضعيف وجاز أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهر واسبه صلى الله عليه وسلم والذي عندي أن سبه صلى الله عليه وسلم أو سبه ما لا ينبغي الى الله تعالى ان كان لا يعتد بكونه كنسبة الولد الى الله تعالى وتقدس عن ذلك اذا أظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهر ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا أن دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالاعطاء مقيد بكونهم صاغرين أو ذلاء بالنص ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول وإظهار ذلك منه ينافي في قبول الجزية دافعا لقتله لانه الغاية في التردد وعدم الاتهام والاستخفاف بالاسلام والمسلمين فلا يكون جازياً على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغراً ذليلاً أو أمالاً اليهود المذكورون في حديث عائشة فلم يكونوا أهل ذمة بمعنى اعطائهم الجزية بل كانوا أصحاب موادة بالمال يؤخذ منهم دفعاً لشرهم الى أن أمكن الله منهم لانه لم يوضع خزية قطعاً على اليهود المهاجرين من قريظة والنضير وهذا البحث مناو بجب أنه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار متعمدا عليهم حل للامام قتله أو يرجع الى الذل والصغار (قوله ولا ينتقض عهده الا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا) أي أهل الذمة (على موضع) قرية أو حصن (فيجاء بوننا لانهم) بكل من الحاصلتين (صار واحداً باعلينا) وعقد الذمة ما كان الاله دفع شر حراتهم (فيعري عن الفائدة) فلا يبقى (واذا انتقض عهده فحكمكم بحكم المرتد معناه في الحكم بموته بالحق لانه التحق بالاموات) واذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل

الاكف وقوله (لانه ينتقض ايمانه) يعني لو كان مسلماً ويسب النبي صلى الله عليه وسلم والعباد بالله نقض ايمانه (فكذا ينتقض امانه) وذمته

كل خروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه (قوله وكذا في حكم ما حمله من ماله) يعني الذي اذا انتقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون ذلك المال فينا كالمترد اذا لحق

قوله (وكذا في حكم ما حمله من ماله) يعني أن الذي إذا نقض العهد وخلق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيا كالمرتد إذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيا وقوله (الأنه لو أسر) استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد يعني بخلاف المرتد فإنه لا يسترق بل يقتل إن أسر على ارتداد. \* (فصل) \* (٣٠٤) ذكر نصارى بنى تغلب في فصل على حدة لأن لهم أحكاما مخصوصة بهم بخلاف

أحكام سائر النصارى وكلامه واضح والاصل فيه ما ذكر أبو يوسف في كتاب الخراج بأسناده إلى داود بن كردوس عن عبادة ابن النعمان التغلبي أنه قال لعمر بن أبي أمير المؤمنين إن بنى تغلب من قد علمت شوكتهم وأنهم بأزاء العدو فإن ظاهروا عايك العدو أشدت المؤنة فإن رأيت أن تعطيتهم شيا فافعل قال فصالحهم عمر على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى أن تسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصارى من بنى تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ أربعين فإذا بلغت أربعين شاة ساعة ففيها شاتان إلى مائة وعشرين فإذا زادت واحدة ففيها أربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك الإبل والبقر إذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة وأما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك أراضيتهم التي كانت في أيديهم يوم صلحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين

وكذا في حكم ما حمله من ماله إلا أنه لو أسر يسترق بخلاف المرتد \* (فصل) \* (نصارى بنى تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة) لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحض من الصلابة (و يؤخذ من نسايتهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لأن الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهم دون الصبيان فكذا المضاعف وقال قرر وجه الله لا يؤخذ من نسايتهم أيضا وهو قول الشافعي لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر هذه جزية قسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على التسوان ولنا أنه مال وجب بالصلح

أما نذر بته بنقض عهده وتبين منه زوجه الذميمة التي خلفها في دار الاسلام اجاعاوا بقسم ماله بين وورثته (وكذا في حكم ما حمله من ماله) إلى دار الحرب بعد النقص ولو ظهر على الدار يكون فيا لعامة المسلمين كالمرتد إذا التحق بماله ولو لحق بدار الحرب ثم عاد إلى دار الاسلام وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة أحق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لأن الملك لهم حين أخذه فان عاد بعد الحكم بالعاق في رواية يكون فيا وفي رواية لا ولا بعد أن يقال انتقاله إلى المكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب إن لم تكن متاخمة لدار الاسلام بالاتفاق وإن كانت على قولهما وقوله (الأنه لو أسر يسترق) استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد (بخلاف المرتد) إذا لحق ثم ظهر على الدار فأسر لا يسترق بل يقتل إذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه إذا عاد بعد نقضه وقبله إلا أنه ما كان التزم بالذمة الاسلام بل أحكامه فجاز أن يعود إلى الذمة بخلاف المرتد التزم الاسلام فلا بد أن يعود إليه أما إذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور وقد استرق فلا يتصور منه جزية ولذا الموفق

\* (فصل) \* أفرد أحكام نصارى بنى تغلب بفصل لأن حكمهم بخلاف سائر النصارى وتغلب ابن وائل من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الاسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه إلى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كياتنا خذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك صدقة فالحق بعضهم بالرؤم فقال النعمان بن زهري أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأفون من الجزية فلان عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فأجمع الصلابة على ذلك ثم الفقهاء في رواية أبي يوسف بسنده إلى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر رضي الله عنه إن بنى تغلب الحديث إلى أن قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم في الصدقة وعلى أن يسقط الجزية من رؤسهم اه في كل أربعين شاة لهم شاتان ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ففيها أربع شياه وعلى هذا في البقر والإبل ثم اختلف الفقهاء هل هي جزية على التعقير من كل وجسه أولا فقبل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي فلو كان للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة قال

بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار فماله في والله تعالى أعلم بالصواب \* (فصل) \* بنو تغلب قوم من نصارى العرب وكانت لهم شوكة وقوة فطالبهم عمر رضي الله عنه بالجزية فأبوا وخاف عمر رضي الله عنه أن يلحقوا بالرؤم فيصيروا عونا لهم وطلبوا أن يؤخذ منهم ما يؤخذ من المسلمين فأبى ذلك عمر رضي الله عنه فوقع الصلح على أن يضاعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين من الصدقات بمحض من الصلابة

\* (فصل) \* ونصارى بنى تغلب قال المصنف (يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين) أقول أي من أموال المرأة والمسلمين على تقدير المضاف والظاهر أنه لا حاجة إلى ذلك لاستقامة الكلام بدونه قال المصنف (لأن عمر صالحهم الخ) أقول فإن قبل هذا الصلح مخالفت لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية لئلا تكون لهم إكراهات الدالة على جواز الصلح كما مر في باب المواصلة (قال المصنف ولنا أنه مال وجب بالصلح) أقول ليس فيها ذكر من قبلنا جواب عما قاله عمر وتأمل أنت فيه

وقوله (والمراة من أهل وجوب مثله) أي مثل مال وجب بالصلح وقوله (الآثرى أنه لا يراعى فيه شرائطها) أي فيما أخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والإعطاء فأشار القابض فأخذ التلبيب على ما مر قوله (و يوضع على مولى التغلى الحراج أي الجزية وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي) أي لا تؤخذ الجزية وخراج الأرض من القرشي وتؤخذ من معتقه

فكذلك هاهنا تؤخذ الجزية من معتق التغلى وإن لم يؤخذ من التغلى (قوله ولنا أن هذا) أي أخذ مضاعف الزكاة (تخفيف) يعني لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية (والمولى لا يلحق بالأصل فيه) أي في التخفيف (ولهذا) أي ولكون المولى لا يلحق بالأصل في التخفيف (توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيا) ولم يلحق بمولاه في ترك الجزية وإن كان الاسلام أعلى أسباب التخفيف وأولاه فان قبل حرمته الصدقة ليست بتعليق بل هي تخفيف بالتخلص عن التدنس بالآثام وقد ألحق مولى الهاشمي فيها بالهاشمي أجاب بقوله بخلاف حرمته الصدقة الخ

(قال المصنف والمراة من أهل وجوب مثله) أقول اعل لفظ مثل مقحم (قوله) فان قبل حرمته الصدقة ليست بتعليق الخ) أقول فيه بحث فان الآثم ليس بثابت قبل الحرمة حتى يخلص بها عنه بل ثبوتهما بالحرمة ليست بتخفيف بل بتعليق على ما لا يخفى والقول بان المراد اظهار حرمته الصدقة

والمراة من أهل وجوب مثله عليه أو المصروف مصلح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية والآثرى أنه لا يراعى فيه شرائطها (و يوضع على مولى التغلى الحراج) أي الجزية (وخراج الأرض بمنزلة مولى القرشي) وقال زفر بضاعف لقوله عليه الصلاة والسلام ان مولى القوم منهم -م ألا ترى أن مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا أن هذا التخفيف والمولى لا يلحق بالأصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم إذا كان نصرانيا بخلاف حرمته الصدقة

الكرخي وهذه الآية أقيس وهو قول الشافعي لان الواجب كتاب الله تعالى عليهم الجزية فإذا صالحوهم على مال جعل واقعا وموقع المستحق يؤيده قول عمر رضي الله عنه هذه جزية سمعها ما شئتم وقال أصحابنا هو وإن كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها إذا صلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالسا إن شاء ولا يؤخذ بتلبيبه (والمصروف مصلح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية) والمراة من أهلها ومن أهل ما يجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم لعدم وجوب الزكاة عليهم عندنا بخلاف أرضهم فيؤخذ خراجها لانه وظيفة الأرض وليس عبادة لتخص البالغين كنفقة عبدهم وحاصل ما ذكرنا بعيد أنه روي في هذا المأخوذ جهة الجزية في المصروف وفيما سوي ذلك روي جهة الزكاة أما الأول فلا نه حقيقة الجزية وأما الثاني فلان واقع عليه الصلح لا يغيب وهذه الجزية التي وجبت بالصلح وقد علمت أن الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كبيعها وقوع الذي يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكتبته هو الجزية التي يتدنى الامام وضعها شاؤا أو أبوا على ما تقدم (قوله ويوضع على مولى التغلى) أي معتقه (الحراج أي الجزية وخراج الأرض وقال زفر بضاعف) عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلى نفسه (قوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم) وهذا الحديث استدلاله في الزكاة على حرمان مولى الهاشمي الزكاة فكذا استدلاله على التضعيف على مولى التغلى وجميع الأحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكاة من هذا الكتاب (ولنا أن هذا) أي وضع الصدقة المضاعفة (تخفيف) اذ لم يكن فيه وصف الصغار والذلة يرغبهم في ذلك واستشفاعهم ما سواه (والمولى لا يلحق بالأصل فيه) أي في التخفيف ولا ترى أن الاسلام أعلى أسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية أولى (بخلاف حرمته الصدقات) على الهاشمي

رضي الله عنهم ثم اختلفوا في هذا الواجب فقال زفر والشافعي رحمه الله تعالى هو جزية حتى لا يؤخذ من نسائهم وصبيانهم وقال أصحابنا رجعهم الله هو واجب بشرائط الزكاة في حق المأخوذ منهم وخراج الأرض في حق الآخذين لان الصلح وقع على تضعيف الزكاة ومن قضية التضعيف أن يعم مواضع وجوب الصدقة ولا تبدل الشروط والأسباب فجعل الواجب في حقهم بشرائط الزكاة وأسبابها (قوله والمراة من أهل وجوب مثله) أي مثل مال وجب بالصلح (قوله ولا يراعى فيها شرائطها) أي لا يراعى في المضاعفة من الزكاة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والإعطاء فأشار القابض فأخذ التلبيب والهز (قوله بمنزلة مولى القرشي) أي لا تؤخذ الجزية وخراج الأرض من القرشي وتؤخذ من معتقه فكذلك هاهنا تؤخذ الجزية من معتق التغلى وإن لم تؤخذ من التغلى ولنا أن هذا تخفيف أي أخذ ضعيف ما يؤخذ من المسلم تخفيفا ما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالأصل

(٣٩) - (فتح القدير والكفاية) - (خامس). لانه انما يعلق بالاصل في التخفيف اذا كان المولى من أهل التغلظ كما فيما نحن فيه وليس مولى الهاشمي كذلك والحق أن قول المصنف بخلاف حرمته الصدقة ليس جوابا عما ذكره الشارح

قوله مائة وعشرين صوب العلامة البحر اوى نقل عن النهر مائة وأحد وعشرين كتبه اه

وقوله (في حقه) أي فيما هو حق مولاه وهو خزمة الصدقة فان قيل ما بال مولى الغني لم يلحق به في حزمة الصدقة والعلة المذكورة وهي أن الحرمان تثبت بالشبهات موجودة أوجب بقوله (لان الغني من أهلها) أي من أهل الصدقة في الجملة ولهذا حلت له اذا كان عاملاً (وانما الغني مانع ولم يوجد في حق المولى) وأما الهاشمي فليس بأهل لها أصلاً لانه صير لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه) ويجوز أن يقال حرمة الصدقة على بني هاشم تشرىف لهم وفي الخلق الموالى بهم زيادة في التشرىف وحرمتها على الغني لغناه وفي الخلق مولاه لا يزداد غنى ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث وهو أنه غير مجرى (٣٠٦) على عومه فان مولى الهاشمي ليس كهو في الكفاة بالأجاء فوجب التأويل بأنه محمول

لان الحرمان تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من أهلها وانما الغني مانع ولم يوجد في حق المولى أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً لانه صير لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه قال (وما جباه الامام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهدها أهل الحرب الى الامام والجزية يتصرف في مصالح المسلمين كسد الشغور

لانه ليس تخفيفاً بل تحريم) والحرمان تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي به (وينقض بمولى الغني تحريم الصدقة على معتقه ولم تعد اليه فقال لا يلزم لان الغني من أهل الصدقة) في الجملة ألا ترى أنه لو كان عاملاً عليها أعطى كفايته منها (وانما الغني مانع) من الاسقاط عن المعطى له شرعاً حتى في حق سيده ولم يتحقق في المولى شخص السيد (أما الهاشمي فليس بأهل لهذه الصلة أصلاً لشرفه وكرامته) لانه ساخها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملاً (فالحق به مولاه) لان التكريم أن لا يذهب اليه تلك الأوساخ بنسبة فان قلت هذا تقديم للمعنى على النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم أوجب بان الحديث غير مجرى على عومه بالأجاء فان مولى الهاشمي لا ينزل منزلته في الكفاة للهاشمية والامامة فكان عاملاً مخصوصاً بالنسبة الى الكفاة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه أيضاً وهو أنه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتخفيف الى المولى الاسفل بدليل التخفيف بالاسلام لم يتعد الى المولى فيختص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما أن نقيصة المولى الاسفل تنسب الى مولاه ووجه آخر ان القياس أن لا يكون المولى منهم ولا ملزوماً لاحكامهم لانه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث به في منع الزكاة وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم استعمل أرقم بن أرقم على الصدقات فاستبشع أبارافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصدقة لا تلحق لمحمد ولا لآل محمد وان مولى القوم منهم فاذا علم عدم عومه فليخص بسببه وهو الزكاة وأما الجواب بان قيل لم يوافق زفر أحد من الفقهاء فليس بل قوله مروى عن الشعبي (قوله وما جباه الامام من الخراج ومن أموال بني تغلب وما أهدها أهل الحرب الى الامام والجزية يتصرف في مصالح المسلمين كسد الشغور) وهي مواضع

في التخفيف وأما قوله عليه السلام مولى القوم منهم فقلنا قد تعذر اجراء هذا الحديث على عومه لانه قاطع الاجماع على أن مولى الهاشمي لا ينزل منزلة الهاشمي في الكفاة وكذلك مولى القرشي على ما ذكرناه واذا تعذر اجراؤه على العموم يجب تأويله على معنى التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل متى كان من القوم يقوم بنصرهم وأما حرمان المولى الهاشمي عن الصدقات باعتباره الاحترام والاستعظام وقد ذكرنا أن الحديث مؤول بمعنى التناصر في التناصر استعظام فلذلك ألحق مولى الهاشمي به في ذلك المعنى كذا في الفوائد الظهيرية (قوله لان الغني من أهلها) أي في الجملة بان كان عاملاً القنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع (قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء) والعطاء ما يكتب للغزاة في الدوان ولكل من قام بأمر من أمور الدين كالقاضي والمفتي والمدرس وفي الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مؤنة في الاسلام كالأج واج النبي عليه السلام وأولاد المهاجرين والانصار رضى الله عنهم وكذا الوما في آخر السنة لا يورث العطاء لما قلنا

على التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل اذا كان من القوم يقوم بنصرهم وقال شمس الأنة السرخسي القياس في الكل سواء وهو أن لا يلحق مولى القوم بهم الا أن ورد الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روى أن أبارافع سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحمّل له الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أنت مولانا ومولى القوم من أنفسهم والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس في معناه من كل وجه وهذا ليس في معنى ما ورد فيه النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخلق مولاهم بهم ومولى التغلبي ليس من ذلك في شيء

(قوله وقوله في حقه أي فيما هو حق مولاه) أقول الاظهر أن يقال أي في حق حرمة الصدقة وأمر التذكير والتأنيث سهل فان الحرمة في تأويل أن

وبناء

يحرّم أو الحرمان (قوله لا يزداد غنى) أقول فيه بحث فانه لو ازداد غنى لا يبعد أيضاً اذ لا تعلق له بالخلق والجواب منع ذلك فان الغني من الوجه المشرع موجوداً تأسل (قوله فوجب التأويل بأنه محمول على التعاون والتناصر الخ) أقول فان قيل النبي عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الاحكام قلنا ما نحن فيه أيضاً كذلك حيث يدل على أن المعنى عاقلة العتق فان العقل باعتبار النضرة (قوله الآن ورود الحديث كان في حرمة الصدقة على بني هاشم وهو ما روى أن أبارافع رضى الله عنه الخ) أقول الاظهر أن يقال على ما روى أو نحوه ثم أقول فيه بحث لان العبرة للعموم اللفظ لا لخصوص السبب الا أن يمنع العموم مستنداً بأنه مجمل فليتنامل

وقوله (وما جاءه الامام) أي  
 جمعه والنحو وجمع نفر  
 وهو موضع نخافة البلدان  
 والقنطرة ما لا يرفع والجسر  
 ما يرفع (قوله وهو لاء علمتهم)  
 أي القضاء وعمالهم  
 والعلماء علمة المسلمين والعملة  
 جمع عامل (قوله فلا شيء له  
 من العطاء) العطاء ما يكتب  
 الخسرة في الديوان ولكل  
 من قام بأمر من أمور الدين  
 كالقاضي والمفتي والمدرس  
 وفي الابتداء كان يعطى كل  
 من كان له ضرب مزبنة في  
 الاسلام كأزواج النبي  
 صلى الله عليه وسلم وأولاد  
 المهاجرين والانصار وكذلك  
 لومات في آخر السنة لا يورث  
 العطاء لانه صلة فلا علك قبل  
 القبض وانما وضع المسئلة  
 في نصف السنة لانه لومات في  
 آخر السنة يستحب صرف  
 ذلك الى قريبه لانه قد أوفى  
 عنه فستحب الصرف الى  
 قريبه ليكون أقرب الى الوفاء  
 \* (باب أحكام المرتدين) \*  
 لما فرغ من بيان أحكام  
 الكفر الاصلي ذكر في هذا  
 الباب أحكام الكفر الطارئ  
 لأن الطارئ انما هو بعد  
 وجود

\* (باب أحكام المرتدين) \*

وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاء المسلمين وعمالهم وعلماءهم وما يكفهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة  
 وذرارهم) لانه مل بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد صالح المسلمين وهو لاء علمتهم ونفقة  
 الذراري على الآباء لاولم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال (ومن مات في نصف  
 السنة فلا شيء له من العطاء) لانه نوع صلة وليس يدين وله هذا يسمى عطاء فلا علك قبل القبض ويسقط بالموت  
 وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله أعلم  
 \* (باب أحكام المرتدين) \*  
 قال (واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة

يخاف هجوم العدو فهامن دار الاسلام) وبناء القناطر والجسور) وهي ما توضع وترفع فوق الماء لير عليه  
 بخلاف القنطرة يحكم بنائها ولا ترفع) ويعطى قضاء المسلمين وعمالهم وعلماءهم وما يكفهم ويدفع منه  
 أرزاق المقاتلة وذرارهم) فانه تجب نفقتهم عليهم فاولم يكفهم هامن بيت المال اشبهتوا بالكسب وتركوا  
 الاستعداد للدفع وهذا) لانه مال بيت المال لانه وصل الى المسلمين من غير قتال) وما كان كذلك فهو مال بيت  
 المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فانه يقسم بين الغائبين ولا يوضع في بيت المال واذا كان مال بيت المال  
 يصرف في مصالح المساكين وهو لاء عمالهم وزاد المصنف في التجنيس في علامة السيد أبي شجاع انه يعطى أيضا  
 للمعلمين والمعلمين وهم هذا تدخل طلبية العلم بخلاف المذكور هنا لانه قبل أن يتأهل عامل بنفسه لكن ليحتمل  
 بعده للمسلمين (قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء) لانه نوع صلة وليس يدين ولو كانت صلة  
 عطاء فلا علك قبل القبض) فلا يورث) ويسقط بالموت) وهذا لانه مات قبل ما كد حقه بجحى وقت المطالبة  
 والحق الضعيف لا يجري فيه الأثر كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تاكد سهمه بعد الاحراز  
 بدار الاسلام قبل القسمة فانه يورث على ما أسلفناه وتقييد محمد رحمه الله في الجامع الصغير بنصف السنة وربما  
 يشمر بانه اذا مات آخرها يعطى ورثته وقالوا لا يجب أيضا ولكن يستحب لانه أوفى عنه أي تعبه في عمله  
 للمسلمين فيستحب أن يعطى وعلى شمس الأئمة عدم وجوب اعطائه بعد ما تمت السنة أيضا بما ذكرنا في نصفها  
 فافاد أنه لم يتأ كذا الحق بعد ما تمت السنة أيضا معولا على أنه صلة فلا علك قبل القبض وهذا يقتضي قصر  
 الارث على حقيقة الملك والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لان حقه تاكد بتمام عمله في السنة كما قلناه يورث  
 سهم الغازي بعد الاحراز بدار الاسلام لتأ كذا الحق حينئذ وان لم يثبت له ملك وقول نغفر الاسلام في شرح  
 الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك الى ورثته فاما قبل ذلك فلا لا  
 على قدر عنائه يقتضي أن يعطى حصته من العام ثم قبل رزق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة ولو  
 أخذ في أولها ثم مات أو عزل قبل مضيقها قبل يجب رد ما بقى وقيل على قياس تجميل المرأة النفقة لا يجب وقال  
 محمد أحب الى رد الباقي كالمحل لها نفقة ليتزوجها فان قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما  
 هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في حاشي فاضلنا وافر تاشي  
 والعطاء هو ما يثبت في الديوان باسم كل ممن ذكرنا من المقاتلة وغيرهم وهو كالجامكية في عرفنا الا أنهم شهرية  
 والعطاء سنوي \* (باب أحكام المرتدين) \*

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الاصلي شرع في بيان أحكام الكفر الطارئ والمرتد هو الراجع عن دين  
 الاسلام (قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة) أبداه

انه صلة فلا علك قبل القبض كما رأه اذا ماتت ولها نفقة مفرضة في ذمة الزوج تسقط كذا هنا وانما وضع  
 المسئلة في نصف السنة لانه لومات في آخر السنة يستحب صرف ذلك العطاء الى قريبه لانه قد أوفى عنه فستحب  
 الصرف الى ورثته ليكون أقرب الى الوفاء والله تعالى أعلم بالصواب  
 \* (باب أحكام المرتدين) \*

(الآن العرض على ما قالوا غير واجب) ظاهر المذهب قال في الانضاح ويستحب عرض الاسلام على المرتدين هكذا روى عن عمر بن الخطاب العود الى الاسلام ثابت لاحتمال أن الردة كانت باعتراض شبهة وقوله (وتأويل الاول) يعني به قوله ويحبس ثلاثة أيام (أنه يستعمل) أي يطلب المهلة فيحبس ثلاثة أيام وأما اذا لم يطلب فالظاهر من حاله انه متعنت في ذلك فلا بأس بقتله الا أنه يستحب ان يستتاب لانه بمنزلة كافر باغته الدعوة فان قيل تقدير المدة ههنا بثلاثة أيام نصب الحكم بالرأى فيما لا مدخل له فيه لانه من المقادير أجيب بان هذا من قبيل اثبات الحكم بدلالة النص لان ورود النص في خيار البسع بثلاثة أيام ورد فيه لان التقدير بثلاثة أيام هناك انما كان للتأمل والتقدير بها ههنا أيضا للتأمل وقوله (ولانه كافر حربي)

قال المصنف (الآن العرض على ما قالوا غير واجب) أقول قوله على ما قالوا متعلق بغير واجب التقدير (قوله الا أنه يستحب أن يستتاب لانه بمنزلة كافر باغته الدعوة) أقول تعليل لقوله يستحب أن يستتاب (قوله أجيب بأن هذا الخ) أقول فيه تأمل فان المهلة في الخيار لدفع احتمال الغبن وهو

كشفت عنه) لانه عساه اعترته شبهة فتراح وفيه دفع شره بأحسن الامرين الا أن العرض على ما قالوا غير واجب لأن الدعوة بلغته قال (ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم والاقتل وفي الجامع الصغير المرتدي عرض عليه الاسلام فان أبي قتل) وتأويل الاول أنه يستعمل في هل ثلاثة أيام لانهم امة ضربت لابلاء الاعذار وعن أبي حنيفة وأبي يوسف انه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعي ان على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل له أن يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التأمل فقدرنا ههنا بالثلاثة ولنا قوله تعالى فاقبلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي باغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تأخير الواجب الامر موهوم

(كشفت عنه لانه عساه اعترته) أي عرضته (شبهة فتراح وفيه دفع شره بأحسن الامرين) وهما القتل والاسلام وأحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال (الآن العرض على ما قالوا) أي المشايخ (غير واجب) بل مستحب (لان الدعوة قد بلغت) وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة (قوله ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم) فيها (والاقتل) وهذا اللفظ أيضا من القدوري بوجوب وجوب الاظهار ثلاثة أيام على ما عرف من الاخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفي الجامع الصغير المرتدي عرض عليه الاسلام فان أبي قتل) أي مكانه فانه يقيدان التظاهرة الايام الثلاثة ليس واجبا ولا مستحبا وانما تعينت الثلاثة لانهم امة ضربت لابلاء الاعذار (يدل حديث جبان بن مسعود في الخيار ثلاثة أيام ضربت للتأمل لدفع الغبن وقصة موسى صلى الله عليه وسلم مع العبد الصالح ان سألك من شئ يمد لها فلا تصاحبي وهي الثالثة الى قوله قد بلغت من لدني عذرا وعن عررضي الله عنه أن رجلا أتاه من قبل أبي موسى فقال له هل من مغربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال له هلا حبستموه في بيت ثلاثة أيام وأطعمتموه في كل يوم رغيفا قال له يتوب ثم قال اللهم اني لم أحضروا أمروا أرض أخرجه ما لك في الموطن اسكن ظاهر تبري عررضي الله عنه يقتضي الوجوب ثم قال المصنف (تأويل الاول) وهو قول القدوري الدال على وجوب امهال الايام الثلاثة (أن يستعمل فيهل) وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام لان الظاهر أنه دخل عليه شبهة فيجب عليه انزاله تلك الشبهة أو أنه يحتاج الى التفكير ليتبين له الحق فلا بد من المهلة واذا استعمل كان على الامام أن يعمله ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة أيام كافي الخيار ثم قال في حديث عمر المذكر كور الدال على الوجوب تأويله أنه لعلمه طلب التأجيل (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يستحب أن يؤجله ثلاثة أيام طلب ذلك أولم يطلب وعن الشافعي أن على الامام أن يؤجله ثلاثة أيام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه فيها التأمل فقدرنا ههنا بثلاثة أيام) لما ذكرنا والصحيح من قول الشافعي أنه ان تاب في الحال والاقتل لحديث معاذ رضي الله عنه وقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه من غير تعقيد بانظار وهو اختيار ابن المذروبه اذا ان أريد به عدم وجوب الانظار فكذلك ذهبنوا الاستدلال مشترك ومن الأدلة أيضا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وان كان أريد به نفي استحباب الامهال فذلك قول هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي القور فيجوز التأخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عررضي الله عنه وقول المصنف (وهذا لانه لا يجوز تأخير الواجب الامر موهوم) ليس بجديد اذ يقتضي كراهة الامهال ثلاثة أيام وهو يخالف المذهب ويخالف

(قوله بأحسن الامرين) الاسلام والقتل والاسلام أحسنهما قال عليه السلام لعلي رضي الله عنه لان مدي الله بك واحسد اخير من أن تقتل ما بين المشرق والمغرب (قوله وتأويل الاول أنه يستعمل فيهل) أي قوله ويحبس ثلاثة أيام اذا استعمل فيهل ثلاثة أيام أما اذا لم يستعمل يقتل من ساعته في ظاهر الرواية وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحهما الله يستحب للامام أن يعمله وان لم يطلب وقال الشافعي رحمه الله يجب الامهال ولا يحل له القتل قبل ذلك (قوله لانهم امة ضربت لابلاء الاعذار) فان قيل هذا نصب الحكم بالرأى في





(وأما المرتدة فلا تقتل) فان قتلها رجل لم يضمن شيئا كذا في الميسوط وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهذه الكلمة (٣١٠) نعم الرجال والنساء كقوله تعالى فنشهد منكم الشهر فليصمه (ولان ردة الرجل مبيحة

قال (فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل) ومعنى الكراهية ههنا ترك المسحوب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب (وأما المرتدة فلا تقتل) وقال الشافعي تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جنائية متغلظة فتتناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجرة الى دار الآخرة اذا تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفع الشرا بآخر

يقتل عليه فسر به بان ينظر فاذا أظهر كاهنه الكفر قتل قبل أن يستتاب لانه ظهور منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي باعته الدعوة قبل الاستتابه تجاز (قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه) أو قطع عضوا منه (كره ذلك ولا شيء على القاتل) والقاطع (لان الكفر مبيح) وكل جنائية على المرتدة هدر (ومعنى الكراهية ههنا ترك المسحوب) فهى كراهية تنزيه وعدم من يقول بوجوب العرض كراهية تحريم وفي شرح الطحاوى اذا فعل ذلك أى القتل أو القطع بغير اذن الامام أدب (قوله وأما المرتدة فلا تقتل) ولكن تجلس أبا حتى تسلم أو تموت (ولو قتلها قاتل لا شيء عليه لاحد حرة كانت أو أم مذكرة في البسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية (و يروى) عن أبي حنيفة أنها (تضرب في كل أيام) وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سو طال الى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحرة ولا أمة وهذا قتل معنى لان مولاة الضرب تفضى اليه ولذا قلنا فمن اجتمع عليه حدوده انه لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كى لا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامتناع الى مولاها فيجعل حبسها بيت السيد سواء طلب هو ذلك أم لا في الصحيح ويتولى هو جبرها قال المصنف (جمع بين الحقيقين) يعنى حق الله تعالى وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبق ليكن استخداؤه ولا تسترق الحرة المرتدة مادامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فيئند تسترق اذا سببت وعن أبي حنيفة في النواذر تسترق في دار الاسلام أيضا قيل ولو أفتى بهذه لا بأس به فحين كانت ذات زوج حسم القصد ها السبي بالردة من اثبات الفرقية وينبغى أن يشترطها الزوج من الامام أو بهما بالامام له اذا كان مصر فالانها صارت بالردة فنيا للمسلمين لا يختص بها الزوج فبذلكها وينفصح النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها واضربها على الاسلام فغير نضر وقصدها عليها قبل وفي البلاد التي استولى عليها النتر وأحروا أحكامهم فيها وأبقوا المسلمين كالموقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ما ليكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى أن يشترطها من الامام وقد أفتى الدبوسى والصغار وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة وداعلها وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضين للفتوى وعند الأئمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المصنف على خلاف الشافعي قال (لما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخارى وغيره قال (ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جنائية متغلظة) هى جنائية الكفر (وجنائية المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها) وهو القتل (ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) كما مر في الحديث الصحيح وهذا مطلق يع

بعد الاثبات بكامتى الشهادتين (قوله لان الكفر مبيح) أى كفر المحارب (قوله وقال الشافعي رحمه الله تقتل لما روينا) وهو قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه كلمة من نعم الرجال والنساء كقوله تعالى فنشهد منكم الشهر فليصمه وبه تبين أن الموجب للقتل تبديل الدين لان مثل هذا الكلام لبيان العلة وقد تحقق تبديل الدين منها والاشتراف في العلة بوجوب الاشتراك في الحكم ولان ردة الرجل تبج القتل لغلظة الجنائية اذا لا نكار

للقتل من حيث انها جنائية متغلظة) وكل ما هو جنائية متغلظة (يناط بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها) ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء (ولان الاصل تاخير الاجرة الى دار الآخرة اذا تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفع الشرا بآخر) لان الاشتراك في العلة بوجوب الاشتراك في المعلول وصار كلنا وشرب الخمر والسرق وقوفه نظر لانه اثبات ما يدور بالشبهات بالرأى (ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء) ولان القتل جزاء الكفر (والاصل في الاجرة تاخيرها الى دار الجزاء وهى الآخرة لان تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء) الذى هو من الله تعالى اطهار علمه لان الناس يمتنعون خوفا من حقوقه فصاروا في المعنى كالجورين وفيه اخلال بالابتلاء (وانما عدل عنه) أى عن هذا الاصل الى تعجيل بعضها (دفع الشرا

وفي معراج الدراية وفي الزنديق لنا روايتان في واية لا يقبل توبته كقول مالك وأحمد وفي واية تقبل كقول الشافعي اه (قال المصنف ولنا ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء الخ) أقول لكنه مخصوص فانها اذا قتلت

نفسا بحديدة عمد اقتص حاز تخصيصه بالقياس الذى ذكره الشافعي (قوله لان تعجيلها يخل الى قوله لان وهو الناس الخ) أقول لتعليل لقوله يخل بمعنى الابتلاء الخ (قوله خوفا من حقوقه) أقول أى لحقوقي الجزاء في الدنيا قال المصنف (وانما عدل عنه الخ) أقول قال ابن الهمام لاجزاء على فعل الكفر فان جزاء أعظم عند الله تعالى من ذلك اه فيه كلام لانه ياباه ظاهرا قوله وانما عدل عنه

ناخر وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء) لان بنيتين غير صالحات لذلك (٣١١) (بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية)

والكافرة الاصلية لا تقتل فكذا المرتدة وما قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مرتدة فقد قيل انه عليه الصلاة والسلام لم يقتلها بمجرد الرد بل لانها كانت ساحرة شاعرة تهجو رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان لها ثلاثون ابنا وهي تخرضهم على قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر بقتلها والجواب عما روي أنه ليس بجري على ظاهره لان التبديل يتحقق من الكافر اذا سلم فعرفنا انه عام لحقه خصوص فيخص المتنازع فيه بما ذكرنا من المعنى وقوله (ولكن تجبس) ظاهر وأعاد رواية الجامع الصغير لاثمالها على ذكر الجبر والحرة والامة وقوله (والامة يجبرها مولاها) قال أبو حنيفة رحمه الله اذا ارتدت الامية واحتاج المولى الى خدمتها دفعت اليه وأمره القاضي أن يجبرها على الاسلام قال المصنف (أما الجبر فلما ذكرنا) يعني أنها امتنعت عن ايقاع حق الله تعالى بعد الاقرار (ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين) أي الجبر والاستخدام ولم يشترط في الكتاب حاجة المولى الى خدمتها وهي رواية الجامع الصغير وشروطها في رواية

وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال (ولكن تجبس حتى تسلم) لان الامتناع عن ايقاع حق الله تعالى بعد الاقرار فجبر على ايقاعه بالحبس كافي حقوق العباد (وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت أو أمة والأمة يجبرها مولاها) أما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل أيام مبعث الغنى - بل على الاسلام

الكافرة أصليا وعارضا وثبت تعالى له صلى الله عليه وسلم بالعلمة المنصوصة كما قدمنا في الحديث من عدم حرامها فكان مخصصا للعموم ما رواه بعد أن عوممه لمخصص بن بدل بينهما من الكفر الى الاسلام وما ذكر المصنف من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو أن الاصل في الاجزئة أن تتأخر الى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فانها الموضوع للآخرة على الاعمال الموضوعة هذه الدار له هذه دار أعمال وتلك دار جزائها وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو الاصلح تعود اليها في هذه الدار كالعقاص وحسد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب في القتل بالردة أن يكون لدفع شر حواجر الاجزاء على فعل الكفر لان جزاء أعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص بمن يتأخر منه الحراب وهو الرجل ولهذا نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعاله بانهم لم تكن تقايل على ما صرح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات رأي وتبع تقتل لاردتها بل لانها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما حبست (لانها امتنعت عن أداء حق الله تعالى بعد أن أقربت به فتجسس كافي حقوق العباد) وقد روي أبو يوسف عن أبي حنيفة عن عاصم بن أبي النجود عن أبي رز عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا تقتل النساء اذ هن عن الاسلام ولكن يحبس ويدعى الى الاسلام ويجبرن عليه وفي بلاغات محمد قال بلغنا عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست وأما ما روي الدارقطني عن جابر أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت عن الاسلام فامر النبي صلى الله عليه وسلم أن يعرض عليها الاسلام فان رجعت والاقتل فضعف بمعمر بن بكار وأخرجه أيضا من طريق آخر عن جابر ولم يسم المرأة وزاد فعرض عليها الاسلام فابت أن تسلم فقتلت وهو ضعيف بعبد الله بن أذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطني في المؤلف والمختلف انه متروك وروا ابن عدي في السكامل وقال عبد الله بن عطاء بن أذينة منكر الحديث وروي حديث آخر عن عائشة ارتدت امرأة يوم أحد فامر عليه الصلاة والسلام أن تستأب فان تابت والاقتل وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه انه يضع الحديث مع أنهم معارضة بالحديث آخر ثلها وأمثل منها ما أخرجه الدارقطني عن أبي رز عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عباس الدارقطني كذاب يضع الحديث وأخرج ابن عدي في الكامل عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدي عامة ما روي غير محفوظ وأخرج الطبراني في معجمه حديثنا الحسن

بعد الاقرار أغلظ من الاصرار في الابتداء على الانكار ورددتها تشاركتها فيه فتشاركتها في موجبها كالزنا مع الاحصان ولنا أنه عليه السلام نهى عن قتل النساء ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الاصلية ولان تبديل الدين جنابة عظيمة وليكنها بين العبد وربه فالجزاء عليها مؤخر الى دار الآخرة لان الاصل في الاجزئة ناخيرها الى دار الجزاء اذ تعجيله يخل بمعنى الابتلاء وما عجل في الدنيا صيانة شرعت لمصالح تعود اليها كالعقاص وحسد القذف والزنا والسرقة والشرب لصيانة النفوس والاعراض والانساب والاموال والعقول وانما همل عنه في الرجل دفع شر ناخر وهو الحراب وهو معدوم في المرأة فبنيتها لا تعجل للحراب فلا تقتل في الكفر الاصلية والطائري (قوله فتجبر على ايقاعه بالحبس) لانه شرع على منع الحق مع القدرة على الاداء كافي حقوق العباد (قوله فلما ذكرنا) أي لان الامتناع عن ايقاع حق الله تعالى بعد الاقرار

قال فخرج الاسلام رحمه الله والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج اليها واستغنى وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى فان قيل للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف دفعت اليه الامة دون العبد أجيب بأن العبد اذا أبي قتل فلا فائدة في الدفع الى المولى

قال (وزول ملك المرتد عن أمواله برده زوالا مراعى) أى موقوفاً إلى أن يتبين حاله (فإن أسلم عادت على حالها قالوا) أى المشايخ (هذا عند أبي حنيفة) وعندهما لا يزول ملكه لأنه مكاف محتاج) وكل من هو كذلك يجب عدم زوال ملكه لأنه لا يمكن من إقامته وجب التكليف بالإمالة فيبقى ملكه (إلى أن يقتل كالمحكوم عليه) (٣١٢) بالرجم والقصاص) والجامع أن كلامهم مكاف مباح الدم (وله أنه حربى مقهور تحت

قال (وزول ملك المرتد عن أمواله برده زوالا مراعى) فإن أسلم عادت على حالها قالوا وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لأنه مكاف محتاج إلى أن يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله أنه حربى مقهور تحت أيدينا حتى يقتل ولا يقتل إلا بالحرب وهذا واجب زوال ملكه وما لكيتته غير أنه مدعو إلى الإسلام بالأجر عليه ويرجى عوده إليه فتوقفنا في أمره فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحاكم وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب وإن مات وقتل على رذته أو لحق بدار الحرب وحكم لمحاقته استقر كفره في عمل السبب عمله وزال ملكه

ابن اسحق التستري حدثنا هارون بن معلى حدثنا محمد بن سلمة عن الفزاري عن مكحول عن أبي طلحة البعمرى عن أبي ثعلبة الخشني عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه إلى اليمن أعمار جمل ارتد عن الإسلام فادعه فإن تاب فاقبل منه وإن لم يتب فاضرب عنقه وأعماراً ارتدت عن الإسلام فادعها فإن تابت فاقبل منها وإن أبت فاستبهاواتيها وتقدم رواية أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رز بن عن ابن عباس رضى الله عنهما في أسند الدارقطني عن ابن معين أنه قال كان الثوري يعيب على أبي حنيفة حديثاً كان يرويه عن عاصم عن أبي رز بن لم يروه أحد غير أبي حنيفة عن عاصم عن أبي رز بن من مدفع بأنه أخرجه اندارقطني عن أبي مالك النخعي عن عاصم به فزال انفرد أبي حنيفة الذي ادعاه الثوري وروى عبد الرزاق عن عمر أنه أمر في أم ولد تنصرت أن تباع في أرض ذات مؤنة عليها ولا تباع في أهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير أهل دينها وأخرج الدارقطني عن علي رضى الله عنه المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس (قوله وزول ملك المرتد عن أملاكه زوالا مراعى) أى موقوفاً غير بات في الحال (فإن أسلم عادت أمواله على حالها) الأول (وإن مات وقتل على رذته أو لحق بدار الحرب وحكم) الحاكم (لمحاقه استقر أمره فعمل السبب) وهو كونه كافراً حربياً (٤٤) سئلنا إلى وقت الردة كالمشتري بشرط الخيار يثبت ملكه عند الإجازة مستنداً إلى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعي بقضى أنه ما لبث بات ثم يرتفع بالخيار شرعاً كالرجوع في الهبة وبه صرح بعض الشافعيين حين ورد عليه أن لا معنى لزوال المراعى والموقوف لأنه إما أن يزول أو لا فاجاب بأنه يزول ثم يعود بالإسلام وهذا ليس واقعاً ولا مستنداً إلى ما قبله كذلك الرجوع بالرجوع (قالوا) أى المشايخ (هذا عند أبي حنيفة) رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه ولا يصح من قول الشافعي مثل قوله وبه قال مالك وأحمد في رواية وقوله ما قول آخر للشافعي وجهه (أنه مكاف محتاج) ولا يمكن من إقامة التكليف إلا به وأورد في الإباحة دمه لا في زوال ملكه فإن لم يقتل يبقى ملكه وصار (كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص) لا يزول ملكه ما لم يقتل (ولابى حنيفة أنه كفر حربى مقهور تحت أيدينا إلى أن يقتل) والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك إلا بالعصمة وكونه حربياً (بوجوب زوال ملكه وما لكيتته) ومقتضى هذا أن يزول في الحال على البتات (الأنه مدعو إلى الإسلام ويرجى عوده إليه) لأنه كان ممن دخله وعرف بحاسنه وأنس به نسأل الله حفظه علينا إلى الجنة بمنزلة مكرمة فاعلم على الظن عوده إلى الإسلام (فتوقفنا في أمره) فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحاكم (وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب) عمله وإن ثبت منه أحد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى أن الحرب لا توجب انتفاء كفره فعمل السبب عمله

أيدينا) بدليل أنه يقتل ولا قتل إلا بالحرب) فكان القتل ههنا مستلزماً للحرب لأن نفس الكافر ليس بمباح له ولهذا لا يقتل الإهبي والمقتدر والشجع الغاني وقد تحقق الملزوم بالاتفاق وهو كونه ممن يقتل فلا بد من لازمه وهو كونه حربياً (وهذا) أى كونه حربياً مقهوراً تحت أيدينا (بوجوب زوال ملكه وما لكيتته) لأن المقهور ية إمارة المملوكية فإذا كان مقهوراً ارتفعت مالكيته وارتفعها يستلزم ارتفاع الملك لأن ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال (غير أنه مدعو إلى الإسلام بالإجبار عليه وعوده مرجو) وذلك بوجوب بقاء المالكية لأنه حتى مكاف محتاج إلى ما يمكن به من أداء مكاف به فبالنظر إلى الأول يزول ملكه وبالنظر إلى الثاني لا يزول (فتوقفنا في أمره) وقتلنا بزواله موقوف (فإن أسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق هذا الحاكم وصار كأن لم يزل مسلماً ولم يعمل السبب وإن مات أو قتل على رذته أو لحق بدار الحرب وحكم لمحاقه استقر كفره فعمل السبب عمله

وزال ملكه) لا يقال إذا كان كذلك كان الواجب أن لا يخرج المال عن ملكه كما هو مقتضى هذا الدليل في غير هذا قال

(قوله) وعندهما لا يزول ملكه لأنه الخ) أقول متقوض بملك الموقوف كما يشتر إليه دليل أبي حنيفة قوله والجامع أن كلامهم الخ) أقول فيه بحث قال المصنف وهذا بوجوب زوال ملكه وما لكيتته) أقول قوله وما لكيتته كأنه عطف تفسيرى (قوله يستلزم ارتفاع الملك الخ) أقول لعل المراد ارتفاع إضافة الملك إليه ولا يظن أن الملك نفسه غير مرتفع

# الموضع لانا نقول ذلك

مقتضاء اذا تساوى الجهتان  
وأفضى الى الشك وهما  
ايس كذلك فان جهة  
الخروج ظن وجهة  
عدمه دونه فيلزم التوقف  
وانما يقيد بقوله في حق هذا  
الحكم احترازاً عن احباط  
طاعته ووقوع الفرقه بينه  
وبين امراته وتحدد الاعيان  
فان الارث ادا بالنسبة اليها  
فدعمل عليه وقوله (وان مات  
أو قتل على رده) أعاده لانه  
لفظ القدوري رحمه الله  
والاول كان لفظه كره  
شراحه كلامه وقوله (ثم هو  
مال حربي فيكون فياً)  
يعني يوضع في بيت المال  
ليكون للمسلمين باعتبار أنه  
مال ضائع وقوله (على ما بيناه)  
اشارة الى قوله لانه مكاف  
محتاج الخ وقوله (ويستند)  
يعني التوريت (الى ما قبل  
ردته) فيجعل كانه اكتسبه  
في حال الاسلام فور ثورته  
منه من وقت الاسلام (ولاي  
خليفة رحمه الله أنه يمكن  
الاستناد) أي استناد  
التوريت (في كسب  
الاسلام لوجوده) أي  
لوجود الكسب (قبل الردة  
قوله وقوله ويستند يعني  
التوريت) أقول فيه بحث  
فان المرتد قبل رده حتى حقيقة  
وحكم فكيف يستند اليه  
التوريت فانه يستلزم  
تقدم الحكم على السبب  
فليتأمل في جوابه فالشرع  
يجعل السبب هو الجزء

قال (وان مات أو قتل على رده انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال رده  
فياً) وهذا عند أبي حنيفة (وقال أبو يوسف ومحمد كلاهما لورثته) وقال الشافعي كلاهما في ولاته مات كافراً  
والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فياً ولهم ما أن ملكه في الكسب بين بعد الردة باق على  
ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبل رده اذ الردة سبب الموت فيكون توريت المسلم من المسلم  
ولاي خليفة انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة

الملك بل زال العمدة فان الحرب في ذلك غير أن حملوا كلاً عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فيكون المرتد  
حربياً قصارى ما يقتضي زال عصمة ماله ونفسه تبغوا ولا ينفى قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم  
بالزوال مستنداً وله اذ ارد قوله مقهوراً تحت أيديته فيكون ماله مستولى عليه واعلم أن حقيقة الماراد أن  
بالردة زوال ملكه زوالاً باقاً فان استمر حتى مات حقيقة أو حكماً بالحق استمر الزوال الثابت من وقت الردة  
وان عاد عاد الملك وهو ما هو بام الحكم بالزوال لان الساقط لا يعود فيقول أبو حنيفة ان الردة لما اقتضت  
الزوال والاجتماع على أنه ان عاد ماله قائم كان أحق به ووجب أن يعمل به ما في قول بالردة زوال  
ثم بالعودة يعود شرعاً بعد انقضاءهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ أبو نصر البغدادي أن أبو يوسف جعل  
تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فتصير تبرعاً عنه من جميع المال وجعله بمنزلة الأمر بوضف يعتبر  
من الثلث وجه قول محمد أنه في معرض التلف فهو أسوأ من المريض حالاً وأبو يوسف عنه هو يقول المرتد  
يتمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر عليه (قوله وان مات أو قتل على رده أو حكم بالحق  
انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال رده فياً) لجاءت المسلمين بوضع في بيت  
المال (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال كلا الكسبين لورثته وقال الشافعي) ومالك وأحمد (كلاهما  
في ولاته مات كافراً والمسلم لا يرث الكافر) اجاعاً (فبق مال حربي لا أمان له) لم يوجب عليه بخيل ولا ركاب  
(فيكون فياً) ولهم ما أن ملكه في الكسب بين بعد الردة باق على ما بيناه (من أنه مكف محتاج الى آخره) فينتقل  
بموته الى ورثته ويستند الى ما قبل رده اذ الردة سبب الموت فيكون توريت المسلم من المسلم) وهذا لا ينتهض  
على الشافعي الا اذا بينا لئلا يستناد وهو أن يقال ان أحد المسلمين له اذ لم يكن له وارث بطريق لورثته وهو  
يوجب الحكم باستناده شرعاً الى ما قبل رده والا كان توريت الكافر من المسلم ويحمل الحديث الكافر  
الاصلي الذي لم يسبق له اسلام ونقول استحقاق المسلمين له بسبب الاسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك  
وترجوا بجهة القرابة فكانوا كقرباء ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالاخ الشقيق مع الاخ لا بل قال  
تعالى أو من كان ميتاً فاحيئناه (ولاي حنيفة) ما قاله في وجه التوريت (الانه انما يمكن في كسب  
الاسلام لوجوده قبل الردة) وهي الموت فيستند الأثر الى ما قبله وقد نلت ان يجوز رده زال ملكه فياً

فوجب زال ملكه على قول أبي حنيفة رحمه الله ثم لو أسلم فالملك ماله على ما كان وان مات أو قتل يكمل السبب  
المزبل للملك وقت الموت مستنداً الى أول السبب وهو الردة كفي البيع بشرط الخيار فانه اذا أجيز ثبت الملك  
من وقت العقد حتى يستحق المشتري المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة جميعاً فعلى هذا الطريق التوريت فيه  
توريت المسلم من المسلم فان قيل زوال ملكه اما ان يكون قبل الردة أو معها أو بعدها والحكم لا يسبق السبب  
ولا يقتصر به بل يعقبه بعد الردة هو كافر المنانم المزبل للملك لردته كما أن المزبل للملك موت المسلم ثم الموت  
يزيل الملك عن الحي لاعتن الميت فكذلك الردة تزيل الملك عن المسلم وكما أن الردة تزيل ملكه فكذلك تزيل  
عصمة نفسه وانما تزيل العصمة عن معصوم لاعتن غير معصوم فيتحقق بهذا الطريق توريت المسلم من المسلم  
(قوله ثم هو مال حربي لا أمان له فيكون فياً) فيوضع في بيت المال ليكون للمسلمين باعتبار أنه مال ضائع فله  
المسلمون يستحقون ذلك بالاسلام وورثته شاركو المسلمين في الاسلام ويرجوا عليهم بالقرابة لان ذا السببين  
مقدم على ذي سبب واحد فكان الصرف اليهم أولى (قوله على ما بيناه) اشارة الى قوله لانه مكف محتاج وكونه

ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدم قبلها أي لعزم الكسب قبل الردة (ومن شرط وجوده) قبلها أي ومن شرط استناد التورث وجود الكسب قبل الردة ليكون فيه تورث المسلم من المسلم لا لوقولنا بالتورث فيما كتبه في حال الردة لزم تورث المسلم من الكافر وذلك لا يجوز (ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة (٣١١) وبقي وارثا الى وقت موته) حتى لو حدث له وارث بعد الردة بان أسلم بعض قرابته أو ولاة

له من علقو حادث بعد ردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدم قبلها ومن شرط وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن أبي حنيفة اعتبار الاستناد وعنه أنه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخافه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحدث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترثه اسرته المسلمة اذا مات أو قتل على ردة وهي

اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له يمكن استناد التورث فيه الى ما قبيل موته الحكمي أعني الردة لانه انما تورث ما هو مملوك له عند الموت فيظهر أن الاختلاف بينه وبينهما في تورث كسب الردة مبني على الحكم اختلاف المتقدم وهو أن المرتد تزول املاكه بالردة المستقرة على ما حققناه عنده وعندهما لا تزول حتى يتحقق الموت الحقيقي أو الحكمي بالحقا وإذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له اذا تحقق الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والقرض أن له مالا مملوكا فلا بد من ارثهم له وارثهم يستدعي استنادا الى ما قبل ردة فيلزم بالضرورة اعتبار ما اكتسبه في زمن الردة موجودا قبله احكاما لوجوده فيه وهو نفس المرتد وان كان معدوما حسا وقتئذ والله أعلم (قوله ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة) بان كان حرا مسلما (وبقي كذلك الى وقت موته) أولحاقه (في رواية عن أبي حنيفة) رواها عنه الحسن بن زياد وهذا اعتبار الاستناد في الارث فان المستند لا بد أن يثبت أولا ثم يستند فيجب أن يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا عند استناده حتى لو أسلم بعض قرابته أو ولاة من علقو حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية (وعنه أنه يرثه من كان وارثا عند الردة) فقط من غير اشتراط بقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية عن أبي يوسف عنه (فلا يبطل استحقاقه) أي استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث أو ردة بعد ردة أبيه (بل) اذا مات وارثه (يخلفه وارثه) وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية عول الكرخي لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها الاستحقاق الميراث (وعنه أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) والحقا وهي رواية محمد عنه قال في المبسوط وهذا أصح (لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحدث قبل انعقاده) ألا ترى أن الولد الذي يحد من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالأوجود عند ابتداء العقد في أنه يصير معقودا عليه ويكون له حصته من الثمن إلا أنها غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل أحدهما بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع فلو كان من بحيث يرثه كافر أو عبد أو مرنفعتي بعد الردة قبل أن يموت أو يلحق أو أسلم رثته وهو قول أبي يوسف ومحمد الآن الكرخي حتى بينهما خلافا في اللحاق فعند أبي يوسف يعتبر حال الوارث يوم الحكم بالحقا وعند محمد يوم اللحاق وجه أبي يوسف أن العارض يعني الردة تنصرونز والفتوقف ثبوت حكمه على القضاء وجه محمد أن اللحاق تزول به العصمة والامان والذمة في حق المستامن والذي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء يؤدي السكا ببقائه يعتبر حال وارثه يوم مات لآل حال أداء السكاية وجوابه من قبل أبي يوسف أن اللحاق ليس حقيقة الموت المأموس عن ارتفاعه ليثبت الحكم به بلا قضاء بل في حكمه لا يقطع ولا يتبعه وأحكامنا فلا يثبت به أحكام الموت قبل أن يتأكد ذلك بالحكم به (قوله وترثه امرأته) أي المرأة المسلمة (اذا مات أو قتل) أو لحق بدار الحرب (وهي

له من علقو حادث بعد ردة لا يرثه (في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) وهو رواية الحسن عنه (اعتبارا للاستناد) يعني ان الردة يثبت بها الارث بعد وجود الاشياء الثلاثة الموت والقتل والحكم بلحاقه بدار الحرب وان لم يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صار كأن الوارث ورثه حين الردة فلا جمل هذا شرط أن يكون وارثا الى وجود أحدهما (وعنه) أي عن أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف (انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته) أي بموت الوارث (بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت) في التورث ومن مات من الورثة بعد موت المورث قبل قسمته ميراثه لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه فهذا كذلك (وعنه) أي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن محمد قبل وهو الأصح (أنه يعتبر وجود الوارث عند الموت) يعني أحد الامور الثلاثة سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعده (لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحدث

مكافا يشعركل الاهلية وكل الاهلية لا يقتضي زوال الملك بل يقتضي تفرده فصار هذا المالك كالمحكوم برجه حيث لا يزول ملكه هناك (قوله وبقي وارثا الى وقت موته) حتى لو أسلم بعض قرابته بعد ردة أو

قبل انعقاده كفي الولد الحادث من المبيع قبل القبض) في أنه يصير معقودا عليه بالقبض يكون له حصته من الثمن قال في النهاية وحاصله أن على رواية الحسن يشترط الوصفان وهما كونه وارثا وقت الردة وكونه باقيا الى وقت الموت أو القتل حتى لو كان وارثا ثم مات قبل موت المرتد أو حدث وارث بعد الردة فانهم حالا ارثان وعلى رواية أبي يوسف رحمه الله يشترط الوصف الاول دون الثاني وعلى رواية محمد يشترط الوصف الثاني دون الاول (وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل وهي

في العدة لانه يصير فاراوان كان صحيحا) لانها سبب الهلاك كالمريض فاشبه برده التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة فان قيل أبو حنيفة يسنه التوريث الى ما قبل الرد وذلك يستلزم ان لا يتفاوت الحكم بين المدخول بها وغير المدخول بها لان الردة موت وامرأة الميت ترثه سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن أوجب بان الموت الحقيقي سبب للارث حقيقة فيستوي فيه المدخول بها وغيرها وأما الردة فانها جعلت موتا حكما ليكون (٣١٥) توريث المسلم من المسلم فهي ضعيفة في السببية فلا بد من تقويتها

بما هو من آثار النكاح من المدخول وقيام العدة وقوله (بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رضي الله عنه) فان ما اكتسبه في حال ردته فهو في عده وفرق بينهما بقوله لانه لا حراب منها ومعناه فلا تقتل اذ ذلك لما تقدم من الملازمة وحاصل الفرق أن المرأة لا تقتل والرجل يقتل ومعناه أن عصمة المال تبسع لعصمة النفس وبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذلك عصمتها لها بخلاف الرجل فلما كانت عصمة مالها باقية بعد ردتها كان كل واحد من الكسبين ملكها فيكون ميراثا لورثتها (ويزنوا زوجها المسلم ان اردت وهي مريضة) والقياس ان لا يرثها لان فرار الزوج انما كان يتحقق اذا ماتت وهي العدة الا ترى انه لو طلقها قبل الدخول لم يأتى مرضه لم يكن لها الميراث لانها ليست في عدته ثم ههنا لاعددة على الرجل فينبغي ان لا يرثها الزوج ووجه الاستحسان ما اشار اليه بقوله (اقصدها باطل

في العدة لانه يصير فاراوان كان صحيحا وقت الردة والمرادة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الثاني بخلاف المرتد عند أبي حنيفة وجسه الله تعالى ويزنوا زوجها المذموم ان اردت وهي مريضة لقصدها باطل حقيقة وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقها بها بالردة بخلاف المرتد قال (وان لحق

في العدة لانه يصير فاراوان كان صحيحا وقت الردة) وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت وهي باختياره أشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهي في العدة لانه فاراوان كان وقت الردة مريضا فلا اشكال في ارثها وقد يقال كون الردة تشبه الطلاق قصاراها ان يجعل بالردة كانه طلقها والغرض أنه صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار فالحقيقة أن يقال بالردة كانه مرض مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو باصرار على الكفر مختارا في الاصرار الذي هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم عوت فتلا أرحم أنفه أو لمحاقه فثبت حكم الفرار وروي أبو يوسف عن أبي حنيفة أنها ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثة عند ردته وبه قال أبو يوسف وهو يفرع على رواية الاكتفاء بالتحقق بصفة الوارث حال الردة فقط وهي رواية أبي يوسف ومافي الكتاب على رواية الحسن من اعتباره وبقائه بالصفة الى الموت أو على رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشترط قيام العدة يقتضي أن أموطورة فلا ترث غير المدخولة وهو كذلك وذلك أن مجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير أجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعتد فيها بالحيض لا الاشهر لم ينتهز سببا للارث اذ لم يكن عند موت الزوج أو لحاقه أثر من آثار النكاح لان الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت بهذا أيضا لا ترث المنقضية عندئذ (قوله والمرادة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها) اذا المرأة لا حراب منها سواء كانت كافرة أصلية أو صارت كافرة (فلم يوجد سبب الثاني) وهو سقوط عصمة نفسها المستتعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسب اسلامها وردتها على ملكها فيرثهما ورثتها (بخلاف المرتد عند أبي حنيفة رحمه الله) فان كسبه في الردة فيكون له ميراثا في الحال أو في المال بالحاق فلا يملكه لكونه مال حربى مقهور تحت أيدينا فلا يرث (قوله ويزنوا زوجها المسلم اذا كانت اردت وهي مريضة) فماتت من ذلك المرض أو لحقت بداء الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما يتعلق حقها بها بسبب مرضها بخلاف ما لو اردت وهي صحيحة فماتت اذ لم تبطل له تمامة عاقبها لاهل هذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في صحته كطلاقه في صحته وبه لا يكون فاراوا اذا عرض له موت وهي في العدة بخلاف ما قررناه في جانب الرجل فان ردته في صحته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه باننا كان مدلقا في صحته وعرض الموت لاعتاق في صحته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته كباشرته بسبب

ولله من علق حادث بعد ردته لا يرثه على هذه الرواية (قوله لانه يصير فاراوا) فان قيل مجرد الردة تقع القرعة فكيف يصير فاراوا هو مع البدن قلنا لان الردة سبب الموت وحق الوارث يتعلق بمال المورث باول سبب الموت كفي المرض فيثبت التعاق باول أجزاء الردة ثم البينونة بعد تمامها وهو في تمام الردة فيتحقق منه الابانة في حال ما يتعلق حقها بماله فيصير فاراوا وهذا بخلاف ارثها المراء في صحته لان ارثها لم يكن سببا للموت اذ هي

حقه وبيانه أن حقيقة تتعلق بماله بمرضها فكانت بالردة قاصدة باطل - منه فارة عن ميراثه فيرد عليها قصدها كفي جانب الزوج بخلاف ما اذا كانت صحيحة حين اردت لانها بائنة بنفس الردة فلم تصر مشرقة على الهلاك لانها لا تقتل بخلاف الرجل فلا يكون في حكم الفارة المريضة فلا يرث

قال المصنف (ويزنوا زوجها المسلم ان اردت) أقول وفيه أنه يلزم توريث المسلم من الكافرة وأوجب بان ردتها في حكم العدم واسلامها باق حكما لانها بعد الردة تعتبر على الاسلام وتحبس باعتبار الجبر والحبس كتممها لمسلمة الى هذا أشار في البسوط



زوجها منها (قوله وان

الحق بدار الحرب مرددا) ان  
الحق المرتد بدار الحرب وحكم  
القاضي بلحاظه (عق  
مديره وأمها وأولاده  
وحلت الديون التي عليه ونقل  
ما اكتسبه في حالة الاسلام  
الى ورثته المسلمين) عندنا  
(وقال الشافعي رضي الله عنه  
يبقى له موقوف) وهو أحد  
أقواله (لانه نوع غيبه فاشبهه  
الغيبه في دار الاسلام)  
والجامع كونه غيبه كما ترى  
وهو ضعيف جدا (ولنا أنه  
بالحق صار من أهل الحرب  
حقه قتل وحكم) أما حقه فلا نلناه  
بين أظهرهم واعتقاده  
كاعتقادهم وأما حكمه فلا نلناه  
لما بطل احرازه نفسه بدار  
الاسلام حين عاد الى دار  
الحرب صار حرا على المسلمين  
فاتعفى حكم أهل الحرب في  
دار الحرب وهم كالميت في  
حق المسلمين قال تعالى أو من  
كان ميتا فاحييناه ولان  
ولاية الازام منقطعة عنهم  
(كلهم منقطعة عن الموتى  
الا أن لحاقه لا يستقر بالقضاء  
القاضي لاحتمال العود  
لينا فلا بد من القضاء فاذا  
تقرر موته الحكمي ثبتت  
الحكام المتعلقة به وهي  
ما ذكرناها) يعني قوله  
عق مديره الخ (كفي  
الموت الحقيقي) (قوله ثم  
يعتبر) ظاهر والضمير في  
لتقرر له في وقتيل للسبب  
وهما متعاربان

بدار الحرب مرددا وحكم الحاكم بلحاظه (عق مديره وأمها وأولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته من المسلمين) وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبه فاشبهه الغيبه في دار الاسلام ولنا أنه بالحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام لاسلام لانقطاع ولاية الازام كلهم منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا أنه لا يستقر لحاقه لا بقضاء القاضي لاحتمال العود لينا فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كفي الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان الحق هو السبب والقضاء لتقرر به بقطع الاحتمال وقال أبو يوسف وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمردة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف (وتعفى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال رده من الديون يعفى مما اكتسبه في حال رده) قال العبد الضعيف عصمه الله

مرض موته ثم باصرار دج عمل مطلقا في مرضه فاذا مات ثبت حكم القرار (قوله وان الحق بدار الحرب مرددا وحكم الحاكم بلحاظه عق مديره وأمها وأولاده وحلت ديونه) الخ جله (ونقل ما اكتسبه في دار الاسلام الى ورثته المسلمين) باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في أيام رده على قولهما كما مروا لا يفعل شيء من ذلك ما كان مقبلا في دار الاسلام وأما ما أودع في حال اسلامه فلان كونه في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره أنهم تفاعل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذلك خلاف ذلك كقولنا الجي أن الاطلاق قوله وقيلهما أن الوصية بغير القر بطلان لان لبقاء الوصية حكم الابتداء ابتداء الوصية بغير القر بطلان الردة عندهما تصح وعند أبي حنيفة تنوقف ذلك بانها قبل وأراد بالوصية بغير القر بطلان الوصية للمناخنة المغنية وقال الطحاوي لا تبطل فيما لا يصح الرجوع عنه وحل إطلاق محمد لبطان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها وجه البطلان مطلقا أن تنفيذ الوصية لحق الميت ولا حق له بعد ما قتل على الردة أو لحق بدار الحرب فكان رده كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتبديل لأن حق العتق ثبت للمدير وجه هذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرناه آنفا (وقال الشافعي) وبالك وأجد (يبقى له موقوف) ويحفظه الحاكم الى أن يظهر موته ثم أو يعود مسلما فيأخذ (لأنه) أي اللحاق نوع غيبه فاشبهه الغيبه في دار الاسلام وهذا لان الدار عندهم واحدة (ولنا أنه بالحق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام لانقطاع ولاية الازام أحكامهم كلهم منقطعة عن الموتى) بخلاف الغيبه في بلدة أخرى من دار الاسلام فان أحكام الاسلام ولاية الزمان ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضى به سابقا على القضاء بشيء من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لأن القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء بالحق ثم ثبتت الاحكام المذكورة ولو كونها كالموت قلنا اذا لحقت الحربية فلزوجها أن يزوج بأختها قبل انقضائها ولائها لعدة على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج وتبين الدار من منافع له ولو سببت أو عادت مسلمة لم يضر ذلك كاحتمال العدة بعد أن سقطت لا تعود (ثم المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد لأنه السبب والقضاء انما لزم بتقرر به بقطع الاحتمال) أي احتمال عوده أي اللحاق لا يوجب أحكام الموت الا اذا كان مستقرا وهو أمر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر (وعند أبي يوسف) يعتبر كونه وارثا (وقت القضاء) حتى لو كان من بحيث يرت وقت الردة كافرا أو عبدا ووقت القضاء مسلما معتق أو وثقا أو يوسف لا عند محمد وهذا (لأنه) أي اللحاق انما (يصير موتا بالقضاء) لانه بمجرد غيبه فتنظر رها بالقضاء به بتقرر به يصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد من تمام وجهي القولين (ولمردة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف) في المرتد وعلى الاحكام التي ذكرناها من عتق مديرها وحلول ديونها (قوله وتعفى ديونه التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وديونه التي لزمته في حال رده مما اكتسبه في حال رده) وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام لا تقتل بالردة والمردة كسابع الوارثين المسلمين لانه لا حجاب منها فلم يصير لها شيئا بل بقي على ملكها وأحق

(قوله وهم كالميت في حق المسلمين قال الله تعالى أو من كان ميتا فاحييناه) أقول فيبحث



(قوله هذرواية عن أبي حنيفة) هورواية زفر رخمها لله وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة رضي الله عنه (أنه يبدأ بكسب الاسلام) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة (قوله وعنه) أي عن أبي حنيفة أيضا وهو رواية أبي يوسف عنه (على عكسه) وهوان يبدأ في قضاء الدين بكسب الردة) قوله وحده الاول أن المستحق بالسبب (أي المدينين) (مخالف) وتقريره أن (٣١٧) المستحق بالسببين مختلف والمؤدى من كسب واحد غير مختلف فالمستحق

بالسببين غير مؤدى من كسب واحد فلا بد من أدائه من كسبين مختلفين للاختلاف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به المستحق وهو الدين فيضاف أدائه اليه ليكون الغرم بإزالة الغنم وقوله (وجه الثاني) تقرره أن كسب الاسلام ملكه وكل ما هو ملكه بخلافه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين وأما كسب الردة فليس بمسؤول له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر بان لم يكن له كسب الاسلام فان قبل المالم يكن ملكه كيف يؤدى منه دينه أجاب بقوله (كلاذى اذامات ولا وارث له) فلم يقله ملك فيما كسبه بل يكون ماله لعامة المسلمين ومع ذلك لو كان عليه دين يقضى منه وقوله (وجه الثالث) ان كسب الاسلام حق الورثة) تقرره كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه وقضاء

هذرواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يقبل ذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول أن المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه أما كسب الردة فليس بمسؤول له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فينذ يقضى منه كالأذى اذامات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث أن كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى الا اذا تعذر ان لم يقبله فينذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال أبو يوسف ومحمد يقضى دينه من الكسبين شئ ورثته الورثة والا لا يرثون شيئا ولو فضل عن دين الردة شئ من كسب الردة عند أبي حنيفة أنه لا يرث لانه لا يرث كسب الردة قال المصنف رحمه الله (وهذا التفصيل المذكور رواية عن أبي حنيفة) قبل رواها زفر عنه ولم ينسب الكرخي هذا الى أبي حنيفة بل قال وقال زفر والحسن ملحقه في حال الاسلام الى آخره (وعنه أنه يبدأ بكسب الاسلام) فيقضى منه الدينان جميعا فان وفى فكسب الردة في جماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه الصورة الا أن يفضل عن كسب الاسلام شئ عن الدينين فان لم يبق كل من كسب الردة) وهذه رواية الحسن بن زياد عنه (وعنه على عكسه) وهوان يقضى الدينان جميعا من كسب الردة فان وفى بالدين ورثت الورثة كسب الاسلام كله وان لم يبق كل من كسب الاسلام ورثت الورثة ما فضل أن فضل شئ وهذرواية أبي يوسف عنه (وجه الاول) وهو التفصيل (أن المستحق بالسببين) وهودين الاسلام ودين الردة (مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني) وهورواية الحسن (أن كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث) وهو مقدار ما عليه من الدين (فيقدم الدين) مطلقا (عليه أما كسب الردة فليس بمسؤول له لبطلان أهلية الملك بالردة عند أبي حنيفة فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فينذ يقضى منه) فان قبل كيف يقضى منه وهو في عنده غير مسؤول له بل لجماعة المسلمين أجاب فقال لا بعد في هذا (فان الذى اذامات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين) ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه أولا وما فضل للمسلمين (فكذلك ههنا) قال في المبسوط وعلى هذا لا يتصرف في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام (وجه الثالث) وهو رواية أبي يوسف (ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه) بمعنى أنه ما تعلق به حق الغير كما تعلق في مال المريض والانه قد ذكر أن أملاكه تزول غير أنه لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المالك خالص حقه وليس ملكه واذا كان خالص حقه كان قضاء دينه منه أولى الا اذا لم يبق فينذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه) قال في المبسوط وعلى هذا نقول عقد الرهن كقضاء الدين فاذا قضى دينه من كسب الردة ورهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاث روايات عن أبي حنيفة ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه في حال ردته قضى منه (وقال أبو يوسف ومحمد يقضى دينه من الكسبين الناس بملكها ورثتها) (قوله وكسب الردة خالص حقه) فان قبل هذا يناقض قوله قبل هذا أما كسب

الدين من خالص حقه أولى منه من حق غيره الا اذا تعذر ان لم يبق فينذ يقضى دينه من كسب الاسلام تقديما لحقه وفيه بحث من أوجه الاول ما قبل ان هذا يناقض قوله أما كسب الردة فليس بمسؤول له لبطلان أهلية الملك بالردة والثاني أن كون كسب الاسلام حق الورثة ممنوع فان حقه انما يكون متعلقا بالثمة بعد الفراغ عن حق المورث والثالث أن قضاء الدين من خالص حقه واجب ومن حق غيره ممنوع (قوله وجب به المستحق وهو الدين الخ) أقول قوله وهو راجع الى المستحق (قوله أجاب بقوله كلاذى الخ) أقول فيه بحث لموضوع الفرق بينهما

ولا وجه لقوله فكان قضاء الدين منه أولى وأجيب عن الأول بأن المعنى من خلوص الحق ههنا هو أن لا يتعلق حق الغيبة كما ثبت التعلق في مال المريض ثم لا يلزم من كونه خالص حقه كونه ملكا له ألا ترى أن كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكا له وكذلك الذي إذا مات ولا وارث له على ما ذكرنا آغا عن الثاني بأن الدين انما يتعلق (٣١٨) بماله عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام قد زال وان قتل بالردة

الى الورثة وكسبه في الردة هو ماله عند الموت فيتعلق الدين به وعن الثالث بأن كسب الاسلام بعرضية ثان يصير خالص حقه بالتوبة فكان أحدهما خالص حقه والاخر بعرضية أن يصير خالص حقه ولا شك أن قضاء الدين من الاول أولى هذا على طريقة أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يقضى دينه من الكسبين جميعا لانهم جميعا ملكه حتى يجزى الارث فبهما على ما تقدم من مذهب ما قال (وماباعه أو اشتراه) ذكر التصرفات التي

الاختلاف علما وتارة جههم الله في نفاذه وتوقفه وقال وهذا عند أبي حنيفة وانما قال كذلك لأن المسئلة من مسائل انعقوري وليس الخلاف في مذكوراني هذا الموضوع وبين أقسام تصرفات المرتد وهو واضح الاما ذكره فقوله يجوز ما صنع في الوجهين يريد بأحدهما الاسلام والثاني القتل والموت والمعاقبة لقوله لانه لا يقتصر الى حقيقة الملك وتغام الولاية نشر لقوله كالاستيلاذ والطلاق فقوله الى حقيقة الملك يعني في الاستيلاذ فلولا ذلك جازته وادعى نسبه يثبت منه

الردة فليس بمأول له قلنا لا يلزم من كونه خالص حقه أن يكون ملكا له ككسب المكاتب تكون خاصة له وهي ملك المولى فيكون معنى قوله خالص حقه أي لا يتعلق به حق الورثة وأقصى ما في الباب أن يكون ذلك فيما على تقدير موته على الردة وكونه فاشلا يخبر به من أن يكون حقه باقية حتى تقضى ديونه منه كالذي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين وتقضى ديونه منه (قوله وقالا يجوز ما صنع في الوجهين) أحدهما الاسلام والثاني أحد الاوجه الثلاثة من الموت والقتل واللعن (قوله نافذ بالاتفاق كالاستيلاذ والطلاق لانه لا يقتصر الى حقيقة الملك) حتى إذا جاءت جازيته بولد فادعى نسبه يثبت نسبه منه وورث هذا الولد مع ورثته وكانت الامه أم ولده لان حقه في ماله أقوى من حق الاب في جازيته ولده وذايكي لصحة الاستيلاذ فهذا أحق والطلاق لا يقتصر الى تمام الولاية فقد صرح طلاق العبد مع قصور ولايته وفي السكافى للعلامة النسبي رحمه الله وصورته اذا ارتد معا وأشار في الاسرار الى أن ردة أحد الزوجين سبب موجب للفرقة على سبيل المنافاة حكما لا درضا بدليل أن الردة اسم لتبديل الدين لا لقطع النكاح شرعا ووضع كذلك يصح في غير النكاح ولان الفرقة عقب الردة بلا فصل واقعة بالاجماع في غير المدخول بها ثبت أنها واقعة انفاة بينهما حكما اذ لا ناث ههنا وإذا كان كذلك كانت المحلية باقية من حيث الوضع والحقيقة لا نعدم تايد الحرمة فكانت المرتدة في العدة محلا للطلاق وغير باقية من حيث الحكم فلعناؤه فاعمالا بالشبهين بخلاف الحرمة الثابتة بالحرمة لانها مبدء فكانت منافية للنكاح من كل وجه فلم يبق محلا للطلاق لانعدام فائدة أثر الطلاق وذكرك في المحيط وكل فرقة توجب التحريم وبذا فان الطلاق لا يلحق المرأة لانه لا يظهر له أثر وإذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من

ورثته هذا الولد مع ورثته وكانت الجارية أم ولده لان حقه في ماله أقوى من حق الاب في جازيته ولده وذايكي لصحة الاستيلاذ فهذا أحق والطلاق لا يقتصر الى تمام الولاية فقد صرح طلاق العبد مع قصور ولايته وفي السكافى للعلامة النسبي رحمه الله وصورته اذا ارتد معا وأشار في الاسرار الى أن ردة أحد الزوجين سبب موجب للفرقة على سبيل المنافاة حكما لا درضا بدليل أن الردة اسم لتبديل الدين لا لقطع النكاح شرعا ووضع كذلك يصح في غير النكاح ولان الفرقة عقب الردة بلا فصل واقعة بالاجماع في غير المدخول بها ثبت أنها واقعة انفاة بينهما حكما اذ لا ناث ههنا وإذا كان كذلك كانت المحلية باقية من حيث الوضع والحقيقة لا نعدم تايد الحرمة فكانت المرتدة في العدة محلا للطلاق وغير باقية من حيث الحكم فلعناؤه فاعمالا بالشبهين بخلاف الحرمة الثابتة بالحرمة لانها مبدء فكانت منافية للنكاح من كل وجه فلم يبق محلا للطلاق لانعدام فائدة أثر الطلاق وذكرك في المحيط وكل فرقة توجب التحريم وبذا فان الطلاق لا يلحق المرأة لانه لا يظهر له أثر وإذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من

قال المصنف (نافذ بالاتفاق كالاستيلاذ الخ) أقول في الكافي وتسليم شفعته والخبر على عبده المأذون اه وعدا الامام التمر تاشي الخبر على المأذون

الولاية على نفسه فان قيل الفرقة تقع بين الزوجين بالارتداد فكيف يتصور الطلاق من المرتد أجيب بان المرتد يقع طلاقه كقوله بان الرجل امرأته ثم طلقها طلاقاً بائناً على ما عرف على أنه يحتمل أن يوجد الارتداد ولا تقع الفرقة كقوله ارتد امعا (قوله لانه) أى كل واحد من النكاح والذبيحة (يعتمد الملة ولا ملة) لانه لو كان عليه ولا يقر على ما دخل فيه لوجب القتل واستشكل بان المراد بالملة ان كان الاسلام ينقض بنكاح أهل الكتاب وذبايحهم وان كان المراد به الملة السماوية ينقض بصحة نكاح (٣١٩) الهجوم والمشركون فيما بينهم فانهم ليس لهم ملة سماوية ولا

مقررة ولا محرقة وقدر حكم بصحة نكاحهم ولهذا يحكم القاضي بالنفقة والسكنى وحرمان التوارث بين الزوجين منهم وأجيب بان المراد بالملة ما يتسدينون به نكاحا يقرن عليه ويجرى به التوارث بين الزوجين لان ما هو الغرض من النكاح يحصل عند ذلك وهو التوالد والتناسل والمرد والمردة

ليس على ذلك الملة فلا يصح نكاحهما لان المرتد يقتل والمردة تحبس فكيف يتم لهما هذه الاغراض من النكاح بخلاف الجوس وأهل الشرك فانهم دانوا ديناً يقرن عليه قبل الاسلام وبعده ان لم تكن المرأة من محارمه فكانت المصالح متعلقة وقوله (كالمفاوضة) معناه ان المرتد ان فاض مسلماً توقف فان أسلم نفذت المفاوضة وان مات أو قتل أو قضى لمحاقه بداء الحرب بطلت المفاوضة بالاتفاق (قوله وهو ما عدناه) يعنى قوله وما باعه أو اشتراه الخ وقوله (على ما قررناه) اشارة الى قوله لانه مكاف يحتاج الخ

وباطل بالاتفاق كانه نكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرد والمسلم يتخلف في توفقه وهو ما عدناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفذ يعتمد الملك لا الخفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطباً وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل حيا ومن هذا القسم ارتدوا الارث منه فقد تقدم أنه ثابت لورثته المسلمين وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة بين الشريكين (ولامساواة بين المسلم والمرد) فيتوقف عقد المفاوضة فان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو قضى لمحاقه بطلت بالاتفاق لكن نصير عنانا عنددهما وعند أبي حنيفة تبطل أصلاً لان في العنان وكالة وهي موقوفة عنده (ويختلف في توفقه وهو ما عدناه) من بيعه وشراؤه وعقده مورثه ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هي موقوفتان أسلم نفذت وان مات أو قتل أو لحق بطلت (لهم ان الصحة) للمعاملات التي ذكرناها (تعتمد الاهلية) لها (والنفذ يعتمد ملكه) ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطباً بالايمان وكذا قوله فرع كونه مكافاً (وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررناه)

أحكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليه الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة فاقعة يقع الطلاق ومن هذا القسم قبول الهبة وتسليم الشفعة والخروج على عبده المأذون (قوله وباطل بالاتفاق كانه نكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له) وذكر في النهاية فان قيل ايش تعنى بالملة ان عنت به ملة الاسلام ينقض بصحة نكاح أهل الكتاب وان عنت به الملة السماوية ينقض بصحة نكاح الجوس وأهل الشرك فيما بينهم اذ ليست لهم ملة سماوية أصلاً لا مقررة ولا محرقة ومع ذلك نكاحهم محكوم بالصحة والدليل على صحة نكاحهم وجوب الحكم على قاضى أهل الاسلام بالنفقة والسكنى وحرمان التوارث بين الزوجين ولا نكاحهم لو أسلموا على نكاحهم ذلك يقرن عليه اذ لم يكن النكاح في ذات رحم محرم منهم وقال عليه السلام ولدت من نكاح لامن سفاح قلنا قال الامام طهبر الدين رحمه الله في الفوائد وقد راجعت الفصول في هذا فلم أجسد لهم ما يجدي نفعاً وكنيت في ذلك متأملاً حتى هجمت في فوادي والقاط بصغري أن المعنى من تلك الملة هي الملة التي يتدينون بذلك النكاح ويقرن على ذلك لان عند ذلك يحصل ما هو الغرض من النكاح وهو التوالد والتناسل وتنظيم مصالح النكاح واذا كان كذلك فالمرتد والمردة ليسا على تلك الملة فلا يصح نكاحهما وذلك لان المرتد يستتاب بالسيف والمردة تستتاب بالحبس فكيف ينظم ما هو الغرض من النكاح فلم يحصل به هذا الغرض لا تكون لهم ملة يتدينون بها التوارث فلا يصح نكاحهما فالجواب ان حل الذبيحة يقتضى ملة يتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضى ملة لو مات عليه ابرئ من نكاحها بذلك النكاح فلذا جاز نكاح الجوسى ونكاح سائر المشركون لانهم دانوا ديناً لو مات من عليه ابرئ من نكاحه ويقرن على ذلك الدين فيتنظم مصالح النكاح فيصح نكاحهم بخلاف المرتد والمردة على ما قلنا فلا يصح نكاحهما (قوله وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة) فان أسلم نفذت المفاوضة وان مات أو قتل أو قضى لمحاقه بطلت المفاوضة اتفاقاً ولكن يظهر أنها كانت عنانا عندهما وعند أبي حنيفة تبطل أصلاً لان في العنان وكالة وهي موقوفة (قوله على ما قررناه من قبل) وهو قوله لانه

من المختلف في توفقه (قوله وان كان المراد به الملة السماوية الخ) أقول وأيضاً المرتد اذا ارتد الى النصرانية واليهودية كان له ملة سماوية لا أن يقال الشرع لم يجعله ملة حيث أجبر على العود الى الاسلام (قوله وأجيب بان المراد بالملة ما يتدينون به نكاحاً الخ) أقول قوله نكاحاً حال ثم أقول فيه تأمل فانه اذا ارتد بالملة ذلك ينبغي أن نحل ذبايح الجوس والمشركون وليس كذلك قال في النهاية فالحاصل أن حل الذبيحة يقتضى ملة تتلقى من الكتاب وصحة النكاح تقتضى ملة لو مات عليها ابرئ من نكاحها ان كان عليها بذلك النكاح انتهى فانظر ألا يلزم حينئذ الجمع بين الحقيقة والمجاز أو بين معنى المشترك قال المصنف (والنفذ المالك) أقول بالرغم عظماء الضمير في قوله يعتمد ولا يجوز ان ينصب على المذهب المنسود

وقوله (ولهذا الولد له ولد بعد الزدة لسنة أشهر) نوضح لوجود ملك المرتد يعني فلو كان الملك زائلا لما ورثه هذا الولد لكون عاقبه بعد الارتداد وقوله (ولومات ولده بعد الزدة) يعني لومات (٣٢٠) ولده المولود قبل الزدة بعدها قبل موت المرتد لا يرثه فلولم يكن ملكه قائما

ولهذا الولد له ولد بعد الزدة لسنة أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولومات ولده بعد الزدة قبل الموت لا يرثه فتصح تصرفاته الآن عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذا شبهته بزاح فلا يقتل وصار كالمرتد وعند محمد تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لاسيما معرضا عما نشأ عليه قبلها يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتد لانها لا تقتل ولا يبي حنيفته انه حربي مقهور وتحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالخبري يدخل دارا بغير أمان فيؤخذ ويقتل وتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل

يعني من قوله مكاف محتاج الى آخره ومم بوضع كون ملك المرتد باقيا أنه لو ولده ولد من امرأة مسلمة أو ممة مسلمة لسنة أشهر فصاعدا ورثه فلو كان ملكه زائلا لم يرثه هذا الولد ولو أن ولده قبل الزدة مات بعدها قبل موته ولحقه لا يرثه واذا كان ملكه قائما وأهليته نفذت نصرته فانه عندهما (الآن عند أبي يوسف تصح كما تصح من الصحيح) من جميع المال (لان الظاهر عوده الى الاسلام اذا شبهته بزاح فلا يقتل) فلا يكون كالمرتد (وعند محمد تصح من الثلث كما تصح من المريض لان من انتحل نحلة لاسيما) اذا كان بها (معرضا عما نشأ عليه قبلما يتركه) فكان بذلك على شرف الهلاك كالمرتد مريض مرض الموت الا أن أبا يوسف يقول بیده دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الاسلام بخلاف المريض (ولا يبي حنيفته رحمه الله أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك) أي عودته لما حررناه من أن المراد أنه يزول ملكه برده ثم يعود بعوده الى الاسلام من أنه حربي مقهور بنفسه وماله تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) فان التصرفات الشرعية المذكورة ترحب أملا كان قامت به وزوال املاكه مثالا للبيع يوجب أن يملك البيع وان يخرج من ملكه الثمن والابارة كذلك والغرض أن ليس مع الزدة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات احكامها في الحال فابأسلم فادته حين وقعت وهذا معنى التوقف (فصار) المرتد كالخبري يدخل دارا بلا أمان فيؤخذ (أي يؤسر) فتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للامام الخبيرين استرقاقه وقتله فان قتل أو أسير لم تنفذ منه هذه أو أسلم لم يزخذه مال (فكذا المرتد) وقوله (واستحقاق الخ) جواب عما يقال المرتد يجب أن يكون كالمقضى عليه بالقصاص والرجم لانه مقهور وتحت أيدينا للقتل عنا خصوصاً فانه لا يمكن له حالة غير القتل بخلاف المرتد فان غيرهما محتمل في حق لا احتمال اسلامه ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن

مكاف محتاج اه (قوله) ولهذا الولد له ولد بعد الزدة لسنة أشهر من امرأة مسلمة يرثه وهذا الايضاح أن الملك للمرتد باق وانما قيد بقوله من امرأة مسلمة لان الام اذا كانت نصرانية كان الولد مرتدا تبعاً لابي له لانه اقرب الى الاسلام من النصرانية لانه يجبر على الاسلام بخلاف النصرانية والمرتد لا يرث أحد الا لانه لا مله ولا ولاية لانها كرامة وهو هان والارث من باب الولاية وان كانت مسلمة قالوا لمسلم تبعها والمسلم يرث من المرتد ولومات ولده بعد الزدة قبل الموت لا يرثه هذا أيضا لايضاح أن الزدة ليست كاللوت من كل وجه وأهلية المرتد للمالك باقية (قوله) وصار كالخبري يدخل دارا بغير أمان الى قوله وتوقف تصرفاته لتوقف حاله لان هناك يتوقف حال الحرب بين الاسترقاق والقتل والمن وهناب بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق أو قتل بطل فان ترك نفذ فكذلك هنا توضيحه أن المرتد هالك حكما والهالك الحقيقي ينافي مال الكيسة المال ولا ينافي توقف المدا على حقه كاتركه المستقرة بالدين فكذلك الهالك الحكمي واذا توقف الملك توقف ما يمتن على من التصرفات كالحربي الذي ذكرنا بخلاف المقضى عليه بالقصاص والرجم فهناك لم يزله به عهدة المال والنفس وهو الاسلام وانما استحق نفسه بما هو من حقوق تلك العهدة في حق ولي القصاص حتى لو قتله غير ولي القصاص بغير اذنه يقتل القاتل فيبيح مال الكاحقة لبقاء عهدة ماله وقد اندم ههنا ما كانت

بعد الزدة لو ورثه هذا الولد لانه كان حيا وقت زدة الاب فاذا ثبت وجود الاهلية وقيام الملك يصح تصرفه لكن على الاختلاف المذكور في الكتاب وقوله (على ما قررناه في توقف الملك) اشارة الى ناقده من قوله وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا (وتوقف التصرفات بناء عليه) أي على توقف الملك وقوله (لتوقف حاله) أي حال الحرب بين الاسترقاق والقتل والمن وقوله (وكذا المرتد) يعني حاله يتوقف بين القتل والاسلام ثم هناك ان استرق أو قتل بطل وان ترك نفذ فكذلك ههنا واعترض عليه بان الحرب الذي دخل دارا بغير أمان يكون فيها فكيف يتوقف نصرته والاعتراف بجواز المن يسقط الاعتراض وقوله (واستحقاقه القتل) جواب عن قولهما ولا خفاء في الاهلية وتقريره لان السلم وجود الاهلية لان الصحة تقتضي أهلية كاملة وليست بجودة في المرتد كأنها ليست بجودة في الحرب لان كل واحد منهما يستحق القتل بطلان سبب العهدة وهو كونه آدميا مسلما وذلك يوجب لتلازم العطف على معمولي

عالمين مختلفين ومذاهبن في شرح الاتقاني من الخلال وأنت خبري بانه حينئذ يكون معنى الكلام أن الصحة تعمد لبطان المقادير لا الآن يقابل (يعتبر في التواني ما لا يعتد في الاوائل) وفي بحث (قوله) واعترض عليه بان الحرب (أقول) المعترض هو الاتقاني



(واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام بغاة بولد لاكثر من ستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهو أم ولده والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية بمسلمة ورثه الابن ان مات على الردة وألحق بدار الحرب) أما صحة الاستيلاء فلما قلنا وأما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد أما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعها لانهم اخيرهم ادينا والمسلم يرث المرتد

من الدين الموجبة لا تخل بل تكون الى أجلها لعدم تقرب الموت وصار كالعبد اذا أبق بعد البيع قبل القبض ثم عاد ان كان بعد القضاء بالغسخ لا يبطل القضاء بالغسخ وان عاد قبله جعل الأباقي كان لم يكن (قوله واذا وطئ المرتد جارية نصرانية) أو يهودية (كانت له في حالة الاسلام بغاة بولد ستة أشهر أو أكثر) ولولا عشر سنين (منذ ارتد فادعاه فهو أم ولده والولد حر وهو ابنه) وثبت لامه حق أمية الولد (ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات) المرتد (على رده أو ألحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاء من المرتد فلما قلنا) انه لا يقتصر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاء الاب جارية الابن والعبد المأذون جارية يمتن بتجارته ذكره أبو الليث في شرح الجامع الصغير (وأما انه لا يرثه فلان الام اذا كانت يهودية أو نصرانية يجعل الولد تبعاً للمرتد لا لأمه) لقرب المرتد الى الاسلام للجبر عليه والظاهر انه لا يؤثر القتل على العود (فصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد) ولا غيره (وأما اذا كانت الام مسلمة فالولد مسلم تبعها لانهم اخيرهم ادينا والمسلم يرث المرتد) ولا يقال لم يجعله تبعاً للدار فيما اذا كانت الام نصرانية لانه انما يجعله تبعاً للدار اذا لم يكن معه أحد أبويه بأن يسبي وليس معه أحد هماً أو يلتقط في دار الاسلام ولا يظن أن هذا ينقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان وله ما ولد صغير ولد قبل ردهم ما فانه يبقى مسلماً مع وجودهما لان الحكم بالاسلام في هذه الصورة ليس بتبعية الدار بل لأنه كان حين ولده مسلماً فيبقى على ما كان عليه بخلاف مسألة الكتاب لأنه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسئلة بما اذا جاءت به لسته أشهر فصاعد الاحتراز اعما اذا جاءت به لا قبل من ستة أشهر فانه يرثه اذا مات أو ألحق أو قتل على رده وذلك للتيقن بحصول العلوق في حالة اسلام أبيه المرتد فكان الولد مسلم او المسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهير فيما ذكر في الكتاب أن الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون ثوريث المسلم من المسلم فيما كتبه في حالة الردة يضعف بمسألة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هناك لم يكن موجوداً حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم أن الصحيح ما رواه محمد عن أبي حنيفة أن من كان وارثاً عند موته سواء كان موجوداً وقت الردة أو حدث بعدها انتهى وقد قدمنا أنه أصح من قول شمس الأئمة على هذا فيكون تخصيصاً لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر بالكافر الأصلي إلا أنه محتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلم بن ماله اذ لم يكن له وارث لان ذلك لا سلامهم على ما قدمنا فار جع اليه وهذا كله بناء

القاضي (قوله بغاة بولد لاكثر من ستة أشهر) وكذا الحكم في ستة أشهر وفائدة التقييد به أنها اذا جاءت به لا قبل من ستة أشهر فالولد يرث من أبيه المرتد وان كانت أمه نصرانية لانا تيقنا حينئذ وجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلماً تبعاً للاب وأما اذا جاءت به لسته أشهر من وقت الردة لا يتيقن بعلوقة الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلماً بالاسلام الاب قبل الردة كذا ذكره الامام قاضي خان رحمه الله (قوله فلما قلنا) اشار الى قوله لانه لا يقتصر الى حقيقة الملك (قوله فالولد تبع له لقربه الى الاسلام) فان قيل لم يجعله مسلماً باعتبار دار الاسلام كالقبط قلنا لان تبعية الدار عند عدم الابوين فاما عند وجودهم فلا يثبت ابتداء الاسلام للولد باعتبار الدار كالمخير اذ اسي ومعه أحد أبويه فان قيل بشكل على هذا الولد المولودين المسلمين اذا ارتد أبواه فانه يسبق الولد مسلم اذ ادم في دار الاسلام باعتبار الدار فاعلم - هذا أن تبعية الدار معتبرة عند الابوين أيضاً قلنا انما كان كذلك لان هناك قد ثبت للولد حكم الاسلام قبل ارتد أبويه باعتباره تبعيتهما

يعني من قوله لانه لا يقتصر لحاقه الانقضاض القاضي وقوله (واذا وطئ المرتد جارية نصرانية) مظاهر وقوله (فلما قلنا) اشارة الى قوله لانه لا يقتصر الى حقيقة الملك ثم حكم تمام ستة أشهر حكم الاكثر منها وانما قيد بقوله لاكثر من ستة أشهر احترازاً عما اذا جاءت به لا قبل من ستة أشهر فان الولد يرث أباه المرتدان كانت أمه نصرانية لانا تيقنا حينئذ وجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلماً تبعاً لاسمه وأما اذا جاءت به لسته أشهر من وقت الردة لم يتيقن بعلوقة الولد قبل الردة فلا يجعل الولد مسلماً بالاسلام الاب قبل الردة قال المصنف (والمسلم يرث المرتد) أقول وهذا يستقيم على رواية محمد من اشتراط كونه وارثاً عند الموت قال الامام العلامة الكاكي فعلم بهذا أن الصحيح ما رواه عن محمد عن أبي حنيفة



(واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو في أي المال في دون نفسه ويجوز أن يكون المال فيادون نفسه كمن تركي العرب وان لحق ثم رجع) يعني وان لحق وحكم القاضي بلحاظه ثم رجع (٣٢٣) (وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على

ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة ودعاهم) والفريق بين المسئلتين ان الاول مال لم يجز فيه الارث فهو مال الحرب واذا ظهر على مال الحرب فهو في لالحاقه (والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاظه فكان الوارث مالكا قديما) والمالك القديم اذا وجد ماله في الغنيمة قبل القسمة اخذ به بما نافع لم يكن القاضي حكم بلحاظه والمسئلة بحالها ففي ظاهر الرواية يرد على الورثة أيضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر لانه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وفي بعض روايات السير يكون فيالحق للورثة فيه لان الحق لا يثبت لهم بالا قضاء (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عتد فقضى لانيه فكتابه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) أي بدل الكتابة (للمرتد الذي أسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنقضها بدليل الذي هو خلع كالأوكل من جهته

(واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو في عتد فان لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة وترد دعاهم) لان الاوكل مال لم يجز فيه الارث والثاني انتقل الى الورثة بقضاء القاضي بلحاظه فكان الوارث مالكا قديما (واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عتد فقضى لانيه فكتابه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) أي بدل الكتابة (للمرتد الذي أسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنقضها بدليل منقذ فلعننا الوارث الذي هو خلع كالأوكل من جهته

على كونه اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر يحكم بان العلق بعد الردة والوجه انه متى جاءت به أمته النصرانية لمدة تصور العلق فيها في حالة الاسلام يجب أن يعتبر العلق فيها وهذا يمكن اذا جاءت به لاق من سنتين بلحظة لانه أحوط للحكم بالاسلام لانه على هذا الاعتبار يعلق مسلما ويرثه وان كان خلاف المذهب كالذي جاء به لاق من ستة أشهر الآن على هذا الوجاهة به لتسام سنتين فصاعد الارث (قوله واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر) المسلمون (على ذلك المال فهو في) باجتماع الاثمة الاربعه وانما يخالف الاثمة الثلاثة فيما كان في دار الاسلام من الباقي من ماله على ما تقدم أنه عندهم تحفظ له الى أن يظهر موته فيصير قديما ولا يشكل كون ماله فيادون نفسه فان مشركي العرب كذلك (وان لحق ثم رجع وأخذ مالا وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال) في حكم الورثة فيه حكم مال مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده ماله كده وهو أنتم سم (ان وجدوه قبل القسمة رد عليهم) وان وجدوه بعد أخذها أخذوه بقيمتها ان شأوا ولو كان مثليا فقد تقدم انه لا يؤخذ لعدم الفائدة ثم جواب هذا الكتاب أعني الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا يغضل بين أن يكون عوده وأخذ ماله بعد القضاء بلحاظه أو قبله أما اذا كان بعد القضاء باللعان فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى عليه الكافر وأحضره بدار الحرب وأما اذا عاد قبله كان عوده وأخذ ماله بلحاظه ثانيا يرجح جانب عدم العود ويؤكد فيه رموته وما احتج الى القضاء باللعان لاصير ورثته ميراثا لغيره بغير عوده فيتقرر راقامته ثمة فيتقرر رموته فكان رجوعه وأخذ ماله ثم عود ثانيا بمنزلة القضاء وفي بعض روايات السير جعله فيألان بمجرد اللعان لا يصير المال ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية (قوله واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عتد فقضى لانيه فكتابه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة) خلافا للاثمة الثلاثة (والولاء والكتابة) أي بدل الكتابة (للمرتد الذي أسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنقضها بدليل منقذ) وهو القضاء بالعبد له والوالى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتل النقل من ملك الى ملك فجعل كان الابن وكيل عنه فانه لما لحق بدار

فبقى على ما كان باعتبار بقائه في دار الاسلام بخلاف ما نحن فيه فانه لم يكن لهذا الوارث حكم الاسلام فلا يثبت ابتداء الاسلام باعتباره اذا كان في يد ابوين كافرين وفي انقوائه الظاهرية بعد ذكر ورثة الولد فيما اذا كانت أمه مسالمة وما قال في الكتاب أن الارث يستند الى حالة الاسلام ليكون فيه ثور يث المسلم من المسلم فيما كتسبه في حال الردة يضعف بهذا المسئلة لان الولد هنا لم يكن موجودا حال الاسلام ومع هذا يثبت فعلم بهذا أن الصحيح هو ما رواه محمد بن أبي حنيفة رحمه الله أنه برئ من كان وارثا عند موته سواء كان موجودا وقت الردة أو حدث بعد ذلك (قوله والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي) هذا اذا رجع بعد قضاء القاضي بماله لو رثته فاما قبل القضاء فكذلك في رواية وفي رواية يكون فيألان بمجرد اللعان لا يصير المال ملكا للورثة فوجه الاول أن القضاء شرط ليرجع جانب عدم الرجوع الى دار افتقر رموته ولم يخرج اليها غيرا ورجع بماله ظهر أنه لا يرد العود الى دار افتقر رموته من حين اللعان بدار الحرب فيصير ماله للورثة من ذلك الوقت فانما أخذ المرتد مال الورثة فلها يرد عليهم (قوله فالكتابة) أي بدل الكتابة (قوله لنقضها بدليل منقذ) لصدورهما من الابن حال ولايته

المرتد اذا عاد مسلما أخذ ماله بوجده بعينه في يد وارثه ولا الى الثاني لان المكاتب لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك فلعننا الوارث الذي هو خلفه كالأوكل من جهته لان في الوكالة خلافة احتيالا لبقاء حكم الحاكم في صحة الكتابة فكانه وكلمه في كتابة عبده



(وحقوق العتق فيه) أي في عقد (٣٢٤) الركابة (ترجع الى الموكل) وأما أن الولاء للمرتد الذي أسلم فلان الولاء لمن أعتق

وحقوق العتق فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه (واذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على رده فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند أبي حنيفة وقال الدية فيما اكتسبه في حال الاسلام والردة جميعاً) لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما المكتسبان جميعاً ماله لنفوذ نصرة فانه في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعند ماله المكتسب في الاسلام لنفاذ نصرة فيه دون المكتسب في الردة لتوقف نصرة فلهذا كان الاول ميراثاً عنه والثاني في ماله عند (واذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على رده من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) أما الاول فلان السراية حلت بمحلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد مدهر بالابراء فكذلك بالردة وأما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه اذا قضى بلحاظه فلانه صار ميتاً تقدر اواف الموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجنائية الاولى فالذي يقضى بلحاظه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى قال (فان لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة)

الحرب كان كأنه ساط ابنه على انصرف في ماله (وحقوق العتق ترجع الى الموكل في الوكالة) بالركابة (والولاء لمن يقع العتق عنه) فلذا كان لولاء المرتد الذي عاد مسلماً بخلاف ما اذا كان أدى بدل الركابة الى الابن فان الولاء حينئذ يكون للابن (قوله) واذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على رده فالدية في مال اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند أبي حنيفة وقال في مال اكتسبه في الردة والاسلام) أما أن الدية في ماله (فلان العواقل لا تعقل المرتد) لان تحملهم العقل باعتبار نصرتهم اياه التي بها يقوى على الجرأة ولا نصرة منهم للمرتد وأما أن عند في كسب الاسلام فقط فلانه لا يملك غيره عنده وعندهما علك الكل فيكون مالهم من الكل وعلى هذا اذا غضب مالا فانفسه يجب ضمائه في مال الاسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب في الردة ثم در الجنائية عند أبي حنيفة خلافاً لهما (وقوله) وماله المكتسب) ماله مبتدأ والمكتسب خبره والاولى في مثله الاتيان بضمير الفصل لرفع قوههم الصفة لانه تركه للاهتداء اليه لفساد المعنى على الصفة وجنائية العبد والامة والمكاتب المرتدين كجنائيتهم في غير الردة لان الملك فيهما قائم بعد الردة والمكاتب يملك اكتسابه في الردة فيكون موجب جنائيتهم في كسبه والجنائية على المالك المرتدين هدر (قوله) واذا قطعت يد المسلم عمداً فارتدوا العياذ بالله ثم مات على رده من ذلك القطع أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً ومات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة) فيهما (أما الاول) وهو وجوب نصف الدية فيهما اذا مات فلان القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قسلاً حلت المحل بعد ذوال عصمة فاهدرت اذ لم تهدر وجوب القصاص في النفس للعدو ايضاً صار اعتراض ذوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد واذا أهدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة وأقل ما فيه دية اليد بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك (القطع فانه لا يجب الضمان أصلاً لان القطع وقع في وقت لا قيمة له فيه وهو وقت الردة فكانت هدر) والهدر لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يلحقه الاهدار بالابراء فكذلك بالردة) وأما الثاني وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلماً فمات من القطع قال المصنف (ومعناه اذا قضى بلحاظه فله صار ميتاً تقدر اواف الموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجنائية الاولى) على أنها قتل لانه ماثب سرية بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصاص على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة (وأما اذا لم يقض بلحاظه) حتى عاد مسلماً فمات (فهو على الخلاف الذي نبينه) قال شمس الأئمة الصحيح أنه على الخلاف وقال غير الاسلام لان نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذي نبينه

والعتق انما يحصل منه بعد أداء بدل الركابة بخلاف ما اذا رجح مسلماً بعد أداء بدل الركابة لان الملك الذي كان له لم يبق قائماً حينئذ قال (واذا قتل المرتد رجلاً كلامه واضح وقوله) (لانعدام النمرة) يعني أن التعاقب انما يكون باعتبار التناصر وأحد لا ينصر المرتد فتكون الدية في ماله كسائر ديونه وماله هو المكتسب في حال الاسلام دون الردة عند أبي حنيفة رضى الله عنه (وعندهما المكتسبان جميعاً ماله) فقوله وعنده ماله المكتسب مبتدأ وخبر وكان المقام مقتضياً لضمير الفصل ليفصله عن الصفة (قوله) (أما الاول) يعني ما اذا مات على رده (قوله) فاهدرت) يعني السراية لانهم لو لم تهدر لو جب القصاص في العدو والدية الكاملة في الخطأ لان قطع اليد صار نفساً بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك فانه لا يضمن القاطع من ذلك شيئاً وان كان معصوماً وقت السراية (لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار) يعني اذا لم يقع معتبراً ابتداءً لا ينقلب معتبراً بعد ذلك لان غير الموجب لا ينقلب موجباً (أما المعتبر فقد مدهر بالابراء فكذلك بالردة) (قوله) فان لم يلحق وأسلم) يعني اذا قطع يد المسلم ثم ارتدوا العياذ بالله تعالى ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الدية كاملة (قوله) (لانهم لو لم تهدروا الخ) أقول فيه نوع مصادرة (قوله) لان قطع اليد صار نفساً) أقول الظاهر أن يقال صار قتل

وهذا

لم يلحق وأسلم) يعني اذا قطع يد المسلم ثم ارتدوا العياذ بالله تعالى ولم يلحق بدار الحرب ثم أسلم ثم مات فعليه الدية كاملة (قوله) (لانهم لو لم تهدروا الخ) أقول فيه نوع مصادرة (قوله) لان قطع اليد صار نفساً) أقول الظاهر أن يقال صار قتل

(قوله في جميع ذلك) أي فيما إذا مات على ردة أو لم يلق وأسلم وقوله (لأن اعتراض الردة أهمل والسراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان) دليله أن الردة - معني لومات عليه لم يجب بالسراية شيئا فكذلك إذا لم يمت عليه كعبد قطع يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تغاها البيع ثم مات العبد لم يجب الادية اليه كالمات على البيع لان البيع معني لومات عليه لم يجب بالسراية شيئا لان الاقدام على البيع ابراء عن الجناية من حيث المعنى وصار كذا قطع يده ثم فاسلم سواء مات من القطع أو لم يمت حيث لا يجب ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني بناء على الاصل المار أن المهدر لا يلحقه الاعتبار (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) (٣٢٥) لان الفرض انه قطع يده وهو مسلم وتمت على محل معصوم لان

الفرض أنه لم يلق وأسلم  
فوجب ضمان النفس والباقي  
ظاهر وقوله (وصار كقيام  
المالك في حال بقاء اليمين)  
يعني اذا قال لعبد ان دخلت

الدار فانت حر ثم باعه ثم  
اشتراه ثم دخل الدار عتق  
أما لو عدم المالك عند اليمين  
أو عند الحنث لم يعتق  
وفرق بين الردة والبيع بان  
الردة ليست ببراء ولا  
مستلزمة له لانها وضعت  
لتبديل الدين وتصح من غير  
ابراء الا انه اذا مات على ذلك  
لم يجب الضمان لهردمه  
بالردة بخلاف بيع العبد  
المجنى عليه لان البيع وضع  
لفتح ملكه والضمان بدل  
ملكه فاذا قطع الاصل قصدا  
فقد قطع البدل أيضا فصار  
كالابراؤ كزفر الاسلام  
رحمه الله في شرح الجامع  
الصغير ان قول محمد وزفر  
رحمهما الله قياس وقول  
أبي حنيفة وأبي يوسف  
رضي الله عنهما استحسنان  
ولم يذكروا في الكتاب ما اذا  
كان القاطع هو الذي ارتد  
فقتل ومات المقطوع يده

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة أهمل  
السراية فلا ينقلب بالاسلام الى الضمان كما اذا قطع يده ثم فاسلم وله ما ان الجناية وردت على محل معصوم  
وتمت فيه فوجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة وهذا لا يعتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما  
المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وحالة البقاء بعزل من ذلك كما وصار كقيام المالك  
في حال بقاء اليمين

ما يذكرون ان على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قولهم مادية النفس كاملة فيما تلي هذه وهي قوله  
وان لم يلق أي المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم أسلم فانت من القطع من غير تتخلل الحاق (فعند أبي حنيفة  
وأبي يوسف على القاطع دية كاملة) استحسنانا (وعند محمد وزفر في جميع ذلك) يعني الصورة الاربعة  
وهي ما اذا قطع يده مسلما فارتد ومات على ردة أو ارتد ثم أسلم بل بالحاق أو ارتد ولحق بعد القضاء أو قبله  
ثم عاد فاسلم (نصف الدية) قياسا وجهه (ان اعتراض الردة أهمل بالسراية) حتى لو قتله قاتل لشيء  
عليه فاذا أسلم بعد ذلك (لا ينقلب الاسلام الى الضمان) من غير سبب جديد وصار كالمات على قطع يده ثم ارتد أو حرق  
فاسلم لا يجب على القاتل شيئا (ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم) لانه مسلم (وتمت فيه) لانه مسلم في  
الحالين فوجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة وهذا لان تتخللها كائن في حال البقاء فقط وانما يوجب  
سقوط العصمة في حال البقاء به تثبت الشبهة المسقطه لاقتصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط  
العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية الا لو كانت العصمة معتبرة خلة البقاء في ايجابها والواقع  
انه لا يعتبر ببقائه في ذلك وانما المعتبر قيامها في حال ابتداء الجناية لانه قد اده سيدا وفي حال الموت ليثبت الحكم  
وهو الضمان (وحالة البقاء بعزل) اذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه (فصار كقيام  
المالك في حال بقاء اليمين) لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى  
اذا قال لزوجه ان دخلت فانت طالق ثم أبانها ثم تزوجه فدخلت طلق وكذا العبد ان فعلت فانت حر  
فباعه ثم اشتراه فعمل عتق وكذا وجود النصاب في ايجاب الزكاة المعتبر وجوده أول الحول لينعقد السبب

(قوله لان اعتراض الردة أهمل بالسراية فلا ينقلب الى الضمان بالاسلام) لان الردة معني لومات عليه  
بالسراية لا يلزم شيئا فكذلك إذا لم يمت عليه كعبد قطع يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تغاها البيع ثم مات لا  
يجب الادية اليه كالمات على البيع لان البيع معني لومات عليه لم يجب بالسراية شيئا ولان البيع معني  
يقطع ملكه في النفس مع قيام النفس محترمة والردة تبطل حق النفس أصلا الا أنا نقول ان الردة ليست  
ببراء عن ضمان الجناية وضعا ولا شرعا بل هي لتبديل الدين ألا ترى أنها تصح من غير ابراء الا انه اذا مات على  
ذلك لم يجب الضمان لهردمه بالردة بخلاف ما اذا باع العبد المجننى عليه لان البيع وضع لفتح ملكه والضمان  
بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل أيضا فصار كالابراء كذا في الاسرار (قوله وصار  
كقيام المالك في حال بقاء اليمين) فانه اذا قال لعبد ان دخلت الدار فانت حر ثم باعه ثم اشتراه ثم دخل الدار

بالسراية مسلما وحكمه أنه ان كان عدا فلا شيء له لان الواجب في العمد القود وقد مات محلله حين قتل على ردة أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة  
القاطعة دية النفس لانه عند الجناية كان مسلما وجناية المسلم اذا كانت خطأ على عاقلة وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فلها هذا كانت  
على عاقلة دية النفس وان كانت الجناية منه في حال ردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته أحد

(قوله سواء مات من القطع أو لم يمت الخ) أقول الاولى هو الا كتفاء بقوله اذا مات من القطع وبين حكمه فان تعميمه يوهم أن لا يجب عند محمد  
وزفر نصف الدية أيضا بناء على ما ذكره فتأمل

وقوله (وأما عند أبي حنيفة) أبو حنيفة رحمه الله يحتاج إلى الفرق بين المرتد لحر والمكاتب حيث لم يجعل كسبه مملوكه إذا كان حراً وجعله مملوكه إذا كان مكاتباً وجه الفرق ما ذكره ان المكاتب عاك كسبه بعقد الكتابة وعقد الكتابة لا يتوقف بالردة لأنه لا يتوقف بحقيقة الموت فكذا باللعاق الذي هو شبه الموت وإذا لم يتوقف العقد لم يتوقف الا كساب الحاصلة بسببه واستوضح ذلك بقوله (ألا ترى أنه) أي المكاتب (لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق فكذا بالادنى) يعني الردة (بالطريق الأولى) وإنما كان الرق أقوى من الردة في المانع عن التصرف لأن بعض تصرفات المرتد نافذة بالاجماع كالاستيلاء والطلاق وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما وأما العبد ممنوع عن التصرفات كإقامته للم لم يتوقف تصرف المكاتب مع كونه رقيقاً لم يتوقف تصرفه أيضاً مع أنه مرتد أولى قال صاحب النهاية رحمه الله قلت لشخصي رحمه الله في هذا لا يلزم (٣٢٦) من عدم منع الرق المكاتب عن التصرف عدم منع الردة عنه لأنه إذا لم يمنع كل

(وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه توفي مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته) وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً وأما عند أبي حنيفة فلان المكاتب انما عاك كسبه بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا أ كسبه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه بالأقوى وهو الرق

وفي آخره لثبت حكمه هذا إذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد فلو كان القاطع هو الذي ارتد ففي المتوسط فان قتل ومات المقطوع يده من القطع مسلمة فان كان عمداً فلا شيء له لأن الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على رده أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عندنا يجابه كان مسلماً وجناباً للمسلم خطأ على عاقلة وتبين بالسراية أن جنابته كانت قتلاً فكذا كانت على عاقلة ولو كانت الجنابة مثله حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لم يبين أن المرتد لا يعقل جنابته أحد (قوله وإذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا) في أيام رده يبق بكاتبته (فاخذ بماله) أي أسر (وأبى أن يسلم فقتل فإنه توفي مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته) وهذا ظاهر على أصلهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً فكذا إذا كان مكاتباً إذا الكتابة لا تبطل بالموت في الردة أولى وإذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته (وأما عند أبي حنيفة رحمه الله) فيشكل لأنه لا يملكه كسب الردة إذا كان حراً وملكه أيامه مكاتباً وجهه (ان المكاتب انما ملكه كسبه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة) ولا تبطل بالموت فيسبتم موجهها مع الردة فيتحقق ملكه في كسبه ولا يتوقف فيعصى منها بورث الباقي وقوله (ألا ترى إلى آخره) توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع إلى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لأن الحكم ببقاء العقد وجب الحكم بثبوت أحكامه فلا استدلال على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فإولى ان لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فان منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسئلة الكتاب اذا مات عن وقاه واستدلال المصنف وجه آخر وحاصله بدلالة حال الرق فإنه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع أن الرق

واحد منهما على الانفراد جاز أن يمنع عند الاجتماع لأن الاجتماع تأثيراً كافي الشاهد من ثم اجتمع ههنا للمكاتب ثلاثة أوصاف كونه مكاتباً ورقيقاً ومردداً فإزان يكون ممنوعاً عند اجتماع هذه الأوصاف قال وجه الله أما الكتابة فهي مطلقة للتصرف لمانعة وأما الرق والردة فكل واحد منهما علة في المنع عن التصرف بانفراده فلا يثبت الرجحان بزيادة العلة كما إذا أقام أحد المدعين أربعة من الشهود بل الرجحان انما يثبت بوصف في العلة بالعلة نفسها إلى هذا الغلط وأرى أن الجواب بحسب النظر غير مطابق للسؤال لأنه ما أبرز السؤال من حيث ان احدى علة المنع تعارض علة الاطلاق وتترج بالآخرى بل أبرز من حيث انهما عند الاجتماع لم لا يجوز أن يكونا مانعا عن

عق أ مالو عدم الملك عند الميئ أو عند الخنث لم يعتق هذا هو الحكم في المقطوع يده وان كان القاطع هو الذي ارتد فقتل ومات المقطوع يده من قطع اليد مسلماً فاذا كان عمداً فلا شيء له لأن الواجب في العمد القود وقد فات محله حين قتل على رده أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأنه عند الجنابة كان مسلماً وجناباً للمسلم إذا كانت خطأ على عاقلة وتبين بالسراية أن جنابته كانت قتلاً (قوله والكتابة لا تتوقف بالردة) لأنها لا تبطل بحقيقة الموت فلا تبطل باللعاق الذي هو شبه الموت فان قيل سلمنا أن

فكذا

التصرف بناء على أن الهيئة الاجتماعية لها من الخواص ما ليس لكل على الانفراد ولعل الهيئة الاجتماعية انما يكون لها زيادة تأثيراً إذا أمكن أن يحصل من تركيبتها أمر شرعي أو اعتبار حقيقي لا فرضي ولا يمكن ذلك من الرق والردة

(قوله كالاستيلاء والطلاق) أقول الأولى أن لا يذ كر الطلاق فإنه صحيح من العبد أيضاً كما (قوله عدم منع الردة عنه الخ) أقول أي ردة المكاتب وأنت خبير بأن آخر كلامه لا يلائم أوله لدلالة آخره بكون المانع مجموعي الرق والارتداد لا الارتداد فقط والامر سهل (قوله وأرى أن الجواب بحسب النظر الخ) أقول لعل مراد المجيب أن الرق لو كان في درجة الكتابة في القوة معارضاً لها لم يترج عليها بانضمام الردة التي هي من جنسه ومثله في المنع عن التصرف فلان لا يترج عليها بزيادة ما هو وليس في مرتبتها في القوة أولى بالطريق فأمل (قوله تعارض علة الاطلاق) أقول الذي هو الكتابة (قوله ولعل الهيئة الاجتماعية الخ) أقول فيه منع ظاهر

(قوله قيل قوله الخ) اقول  
القاتل هو الاتقاني (قوله  
ولعل ذكره الخ) اقول  
له ولعل ذكره الخ) ماخوذ  
من الكافي مع تغيير يسير  
بعبارة فراجع ان شئت

المكاتب علكا كسابه وان كان مرتدا لكن لما قتل عن وفاء كان حرافى اخرج جزء من اجزاء حياته كما هو مذهبننا ثم تستند حريته الى ما قبل الموت حتى يحكم بخرية اولاده الموجودين فى حال كتابته فيقتل ذلك ما اكتسبه فى حال الارتداد كسب الحر المرتد فيجب ان يكون فينا على قول ابي حنيفة قترجه الله قلنا ذلك جواب القياس وأداجواب الاستحسان فهو ميراث لورثته لانا حكمنا بخرية نفسه بالاداء بعد الموت فى الحقوق المستحقة بالكتابة وذلك حريته وحرية اولاده وحقبة الملك له فى المكاسب وفيما بعد ذلك يعتبر ميراثا مبدءا لا ترى أنه لا ينفذ وصيته وان مات عن وفاء لانها ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة واذا كان كذلك فنقول فى عدم صيرورته فينا يجعل كانه مات عبدا وكسب العبد المرتد لا يكون فينا كذا فى الفوائد الظهيرة قوله فكذا بالادنى وهو الردة يعنى أن الرق اقوى من الرد فى المناسبات فمن التصرف لان بعض تصرفات المرتد ناهى بالاجماع كالاستيلاء وعندهما عامة تصرفاته نافذة كالبيع والشراء وغيرهما أما العبد فمنع من التصرفات كلها ثم لم يمت يتصرف تصرف المكاتب مع أنه وقيق لم يتوقف تصرفه ايضا مع أنه مرتد الطريق الاولى (قوله فغلبت المرافة فى دار الحرب) قيل ذكر دار الحرب وقع اتفاقا فانها اذا جلبت فى دارنا لم تلحق اليها دار الحرب فالجواب كذلك ولعله يشمل على فائدة وهي أن العلاف متى كان فى دار الحرب كان بعد عن الاسلام ومتى كان فى دار الاسلام كان أقرب الى الاسلام باعتبار الدار يكون الدار جهة فى الاستتباع فالجبر هناك يكون جبرا هنا بالطريق الاولى (قوله ولا يجبر ولدا الولد) وهو ظاهر الرواية ووجهه أنه لو كان مسلما تبعها لجدده كان تبعها لجدده فحينئذ يكون الناس كلهم مسلمين باسلام آدم عليه السلام

وقوله (كلها على الروايتين) يعني (٣٢٨) في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الأب في تلك المسائل وفي رواية الحسن بن

أبي حنيفة جعل الجد فيها بمنزلة الأب أما صبرورة لولد مسلمة باسلام جده فهي ما ذكرنا وأما صبرورة صدقة الفطر فهي أن الأب إذا كان فقيراً أو عبداً والجد موسر هل يجب فطرة الخافد عليه أولاً وأما صبرورة جرح الولد فلائنه إذا اعتق الجد والخافد حر والأب رقيق هل يكون ولده الخافد لولد الولد أولاً ويكون وصورة الوصية للقرابة إذا وصى رجل لذي قرابته لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد أولاً على الروايتين وذكرنا هذه المسائل في شرح الفرائض السراجية وشرح رسالتنا وقوله (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد) يعني يجري عليه أحكامه فيمطل نكاحه ويحرم عن الميراث ويجبر على الاسلام ولا يقتل وإن أدرك كافر أو يجلس وتوجيه تحرير المذهب في الكتاب ظاهر وقوله (لهما) أي لفرز والشافعي رحمه الله (أنه) أي الصبي الذي يعقل (تبع لآبويه فيه) أي في الاسلام (فلا يجعل أصلاً) يعني يصح اسلامه بطريق التبعية للآبوين فلا يصح بطريق الاصله اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل

وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جرح الولد والاخرى الوصية للقرابة قال (وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لآبويه ان كانا كافرين وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام) وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام أنه تبع لآبويه فيه فلا يجعل أصلاً

ثبوت الاسلام تبعاً للجد (وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين) رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعاً للجد ورواية الحسن بن يكون تبعاً لهما هذه (والثانية صدقة الفطر) للولد الصغير إذا كان جده موسراً ولأب له أوله أب معسر أو عبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن بن يجب عليه (والثالثة جرح الولد) صورته معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعاً لأمه وولاه لولي أمه فإذا اعتق جده لا يجبر ولده حافده إلى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن بن يجبره كلواً اعتق أبوه (والرابعة الوصية للقرابة) لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن بن لا يدخل كالأب وتقييد الجبل بدار الحرب ليس لخراج الجبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة أعني جبر الولد بل لافادة حكم الجبر فيما إذا حبلت في دار الاسلام ولدت في دار الحرب بطريق أولى لأنه إذا أجبر مع أنه علق في دار الحرب ولدار جهة استتباع تقتضي أنه أبعده عن الاسلام فلان يجبر إذا علق في دار الاسلام على الاسلام أولى هذا إذا ولد لهما ولد بعد لحوقهما بالارتداد ولحقا لولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد في دار الاسلام لا يصير صابراً مرتداً تبعاً للآبوين وولد المرتد يصير فياً بالسبي كذا ذكر ولو صح لزوم انهم المولم يلحقاه يكون مرتداً وليس كذلك على ما تقدم من أنه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الإبزيل والاحسن ما في المبسوط من أنه خرج عن كونه مسلماً بالأحق به فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الآبوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتداد لحقاه فكان الولد فياً يجبر على الاسلام إذا بلغ كالجبر الأم عليه فان كان الأب ذهابه وحده الأم مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فياً لأنه بقي مسلماً تبعاً لأمه فان قيل كيف يتبعها بعد تبasis الدارين قلنا تبasis الدارين يمنع الاتباع في الاسلام ابتداء لافي بقاء ما كان ثابتاً لا ترى ان الحر في دار الاسلام في دار الحرب وله ولد صغير وخرج إلى دارنا بق الولد مسلماً حتى لو ظهر عليه لا يكون فياً بخلاف مالو أسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومثرت هاتان المسئلتان وكذا ان كانت الأم مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتأ كذا الاسلام ولا ينقطع (قوله وارتناد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد) أي يصح فوائمه له قريب مسلم بعد ولده لا يرث منه وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجس وقال ليس بارتداد (واسلامه اسلام) باتفاق الثلاثة (فلا يرث أبويه الكافر بن) ويرث أقاربه المسلمين ولا يصح نكاح الشركة وتحتله المؤمنة وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن أبي مالك عن أبي يوسف ان أبا حنيفة رجس إلى قول أبي يوسف (وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وودنه ليست بارتداد لهما) أي لفرز والشافعي في عدم صحة اسلامه (أنه تبع لآبويه فيه فلا يجعل أصلاً) لتناف بين صفة

فلا يجبر على الاسلام تبعاً للجد ولا يجبر أيضاً تبعاً لآبويه وهو الولد الأول لان التبعية لا يستتبع غيره وقوله فالولدان في أم أو ولد الولد فلائنه كافر أصلي وأما الولد الأول فلائنه ولد المرتد وقوله المرتد يسبي تبعاً للأم لان الولد يتبع الأم في الرق والحرية (قوله كلها على الروايتين) أي في ظاهر الرواية لم يجعل الجد بمنزلة الأب في تلك المسائل وفي رواية الحسن بن عن أبي حنيفة رحمه الله جعل الجد فماً بمنزلة الأب أما صبرورة صبرورة والولد مسلماً باسلام جده فهي ما ذكرنا وأما صبرورة صدقة الفطر فهي أن الأب إذا كان فقيراً أو عبداً والجد موسر هل يجب فطرة الخافد على الجد أم لا وصورة جرح الولد أنه إذا اعتق الجد والخافد حر والأب رقيق هل يكون ولده الخافد لولد الولد أولاً ويكون وصورة الوصية للقرابة إذا وصى رجل لذي قرابة لا يدخل الوالدان فيها وهل يدخل الجد أم لا في ظاهر الرواية لا يدخل وفي رواية الحسن بن لا يدخل (قوله ولا يقتل) أي وإن أدرك كافر (قوله

عليه) أقول يعني إذا لم يكن له مال (قوله فلائنه إذا اعتق الجد والخافد حر الخ) أقول بان كانت أمه معتقة تزوجت ولده عبد أفولده فلائنه فلائنه فلائنه (قوله هل يكون ولده الخافد لولد الولد) أقول يعني إذا اعتق (قوله بطريق التبعية موجوداً) أقول فيه بحث

القدرة بين القدرة والجزز تناف وأحد المتنافين وهو الاسلام بطريق التبعية وجود بالاجماع فينتفى الآخر ضرورة وقوله (ولانه يلزمه) دليل آخر وهو واضح (قوله واختاره بذلك مشهور) يشير الى ما قاله رضى (٣٢٩) الله عنه سبقتكم الى الاسلام طرا \*

غلاما ما بلغت اوان حلى واختافت الروايات في سنة حين اسلم رضى الله عنه وحين مات قال جعفر بن محمد اسلم وهو ابن خمس سنين ومات وهو ابن ثمان وخمسين سنة لان النبي صلى الله عليه وسلم دعا الى الاسلام في اول مبعثه ومدة البعث ثلاث وعشرون سنة والخلافة بعده ثلاثون انتهت بعون على فاذا ضمنت خسا الى ثلاث وخمسين صار ثمانيا وخمسين وقال القتيبي اسلم وهو ابن سبع ومات وهو ابن ستين

قال المصنف (ولنا فيه أن عليا رضى الله عنه أسلم صديا وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه) أقول قال العلامة النسفي في الكافي والتعلق به مشكل اذ لم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام صحح اسلامه في أحكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع القرعة فان قلت صحح في أحكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه وانما الكلام في أحكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقا فانصرف اليهما قلت هي حكاية حال فلا عموم له وأحكام الآخرة مرادة فلم يرد غيرها اه قال العلامة السكاكي أجيب

ولانه يلزمه أحكاما تشوب المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رضى الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه الصلاة والسلام اسلامه واختاره بذلك مشهور

الاصلية والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة الجز ثم اسلامه يصح تبعا لابي به فلا يجعل اصلا مستقلا به (ولانه يلزمه أحكاما تشوب المضرة) من حرمان الارث والقرعة بينه وبين زوجته المشركة (فلا يؤهل له) كالطلاق والعاق (ولنا فيه) اى اسلامه (ان عليا رضى الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه واختاره بذلك مشهور) اما فتخاره فما نقل من قوله رضى الله عنه

سبقتكم الى الاسلام طرا \* غلاما ما بلغت اوان حلى

وأما ما عَنِ الحسن انه أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقهم أحد عليه سوى رواية عن أحمد لم تصح بل الصحيح عنه أنه أسلم وهو ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي استقرأه الحال يمتلئ روايتنا الخمس عشرة لانه اذا كان له يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثا وعشرين سنة وبقى بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقدار به الستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم أسند عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قتل علي رضى الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال قتيبي قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صا وعمر ثمانيا وستين ولم يقله أحد وأخرج البخاري في تاريخه عن عروة قال أسلم على وهو ابن ثمان سنين وأخرج الحاكم في المستدرک من طريق ابن اسحق انه أسلم وهو ابن عشر سنين وأخرج أيضا عن ابن عباس رضى الله عنه ما دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي يوم بدر وهو ابن عشر سنين وقال صحح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه أسلم وله أقل من عشر سنين بل نص على أنه أسلم وهو ابن سبع سنين أو ثمان سنين وما ذكره الثعالبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلام من النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعلي رضى الله عنهم غاش ثلاثا وستين سنة يقتضى أن عمره حين أسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه صلى الله عليه وسلم عرض الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ وقد يقال تصحيحه صلى الله عليه وسلم اسلامه ان أريد في أحكام الآخرة فسلم وكلامنا في تصحيحه في أحكام الدنيا والآخرة حتى لا يربط به الكفار ونحو ذلك ولم ينقل أنه صلى الله عليه وسلم صححه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلى معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صححت اسلامه أمكن أن يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد ورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرناه الوجه قبل ومن أفتح القبايح لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلاة وقيل والعجب من الشافعي كيف يصحح اختياره لاحد أبويه عند القرعة مع ظهور أنه انما يختار من يطلق عنه الى أهويه من اللعب وغيره ولا يصح اختياره المقتوع بخبره فان قال هو غير مكاف لنا انما يلزم ذلك اذا قلنا بوجوده عليه قبل البلوغ كما عن أبي منصور والمعتزلة وأنه يقع سقطا للواجب لكننا انما نختار أنه يصح لتربته عليه الاحكام الدنيوية والاخرى ثم اذا بلغ لزمه فلوارثه بعد البلوغ أجبر على الاسلام بالحس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغاً وعند أحمد ومالك يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف (ولانه أتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه) والتصديق الباطني يحكم به لاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعاقبة بالباطن به واذا كان قد أتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح أن يقال لم تدخل ولم يتصف مع الدخول

وصحح النبي عليه السلام اسلامه واختاره بذلك مشهور وهو قوله

سبقتكم الى الاسلام طرا \* غلاما ما بلغت اوان حلى

(٤٢) - (فتح القدير والكفاية) - خامس) بانه عليه الصلاة والسلام صحح صلاته وصومه وغزوه حتى أهلى له السهم فعمل أنه عليه الصلاة والسلام صححه في أحكام الدنيا أيضا افتأمل فيه قال المصنف (واختاره بذلك مشهور) أقول ويشهد لذلك قوله سبقتكم الى الاسلام طرا \* غلاما ما بلغت اوان حلى



(قوله ولانه أتى بحقيقة الاسلام) دليل آخر وهو ظاهر (قوله وما يتعلق به سعادته أبدية) يجوز أن يكون معطوفاً على التصديق أي هو التصديق الأصلي وهو ما يتعلق ويجوز أن يكون خبر مبتدأ محذوف ويجوز أن يكون مبتدأً خبره قوله هو الحكم الأصلي على تقدير أن يكون غير واد

ولانه أتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معاً لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية وهي من أجل المنافع وهو الحكم الأصلي ثم يمتنع عليه غير هافلا به إلى بشو به ولهم في الردة أنهم مضرة محضة بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف لانه يتعلق به أعلى المناظر على ما سار ولا يخيبة ومحمد فيها أنهم موجودون حقيقة فتولا مردل حقيقة كما قلنا في الاسلام

والاتصاف فان قال الايمان الذي أنفقه منه هو المستبرغ داخل في الوجود لا أنفقه ولكن أقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة اما لعدم أهلية الصحة وهو منتف لان جمل أهلال النبوة كما في يحيى عليه الصلاة والسلام وهي فرع الايمان والاتفاق على أهليته للصلاة والصوم حتى يمحان منه ويثاب عامها ما والعدم أهلية الوجوب لنا ترمي والسكلام ليس فيه كاذ كرا نأفوا وأما الخارج شرعي وهو منتف ولا يليق أن يثبت شرعا منع عن الايمان بانه سبحانه وتعالى مع عقلية ومعرفة نعم مقتضى الدليل أن يجب عليه بعد البلوغ فيجب المقصد الى تصديق وقرار بسقطه ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والادوار غير المنوي به اسقاط القرص كما أنه لو كان نواظب الصلاة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه معها الا ما ترمي به نية أداء الواجب امثالاً لكنهم اتفقوا على أنه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ أما عند نفي الاسلام فلانه ثبت أصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقلية دلالة لثبوت وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع القرص كتحجيل الزكوا وأما عند شمس الأئمة فلا وجوب أصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد وجد وصار كالسافر يصلي الجمعة يسقط فرضه وليس الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترقية عليه بعد سببها فاذا فعل ثم ولا نعلم خلاف بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بعهته اسلامه صبياً تبعاً لأبويه المسلمين أو لاسلامه وأبواه كافران ولو كان ذلك فرضاً لم يفعل أهل الاجماع عن آخرهم وأما قوله يشوبها ضرر قلنا ما يتعلق به السعادة الأبدية ويزول به توقع مضرة أبدية من رد اسلامه ليس سبباً على الكفر كل عاقل يعنيه ولا يبالى معه بذلك الضرر ولانه لا نسبته بالضرر الآخر وأما التناهي الذي ذكره فأنما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعاً وأصلهما معاً لسنننا نقول به بل هو تبع عام يعقل ويقر مختاراً فاذا عقل وأقر مختاراً انقول انقطع تبعيته في حق هذا الحكم وبقي أصلا وفي المبسوط منع المضادة وأجاز اجتماعهما كالمراة تسافر مع الزوج تسكون مسافرة تبعاً له حتى اذا لم تنو السفر تسكون مسافرة ولو نوت كانت مسافرة مقصوداً وتبعاً لهما أمرين يتأيد أحدهما بالآخر قال المصنف (ولهم في الردة) يعني الشافعي وزفر وأبو يوسف (أنهم مضرة محضة بخلاف الاسلام على أصل أبي يوسف لانه يتعلق به أعلى المنافع) ودفع أعظم المضار (ولابي حنيفة ومحمد) ما قلنا من (أنهم موجودون حقيقة) بوجود حقيقة من الانكار والاقرار به (ولامرد الحقيقة) فان قيل لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الاسلام مثله في الردة

وقيل أول من أسلم من الرجال أبو بكر رضي الله عنه ومن النساء خديجة ومن الصبيان علي رضي الله عنهم والتعلق به مشكل اذ لم ينقل أنه عليه السلام صحح اسلامه في أحكام الدنيا من حرمان الميراث ووقوع الفرقة وان قلت صحح في أحكام الآخرة فهذا مسلم ولا كلام فيه انما السكلام في أحكام الدنيا فان قلت ذكره مطلقاً فانصرف اليها قلنا هي حكايته حال فلا عموم لها وأحكام الآخرة مرادة فلم ير غيرهما (قوله ولا مرد الحقيقة) كما قلنا في الاسلام فان قيل الاسلام منفعته محضة والردة مضرة محضة ولا يلزم من تحقق ما هو منفعته محضة تحقق ما هو مضرة محضة وان كان بعد وجوده حقيقة ألا ترى أن قبول الهبة صحيح لانه منفعته محضة ووردها باطل لانه مضرة محضة فكيف يقاس الردة بالاسلام قلنا هذا من اعتبار الشيء بعد وجود حقيقة فبعد ذلك لا يعتبر أنه منفعته للصبي أو مضرة وهذا لان الردة منه بجهل يتخلفه وجهله في سائر الاشياء معتبر حتى لا يجعل عارفاً اذا علم

تقدير أن يكون غير واد ويجوز أن يكون قوله وما يتعلق به مبتدأً وقوله سعادة أبدية خبره وهو الاول وهو جواب عن قوله ولانه يلزمه أحكاماً تنسبها المضرة وعورض بانه لو صح اسلامه بنفسه وقع فرضا لانه لا تنفل في الايمان ومن ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً به وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذا لم يمكن تصحيحه فرضاً لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه يتردد بين افرض والنفل والجواب أننا لانسلم أن من ضرورة كونه فرضاً أن يكون مخاطباً فان المفسر اذا حضر الجمعة صلى وقعه فرضاً وليس بمخاطب به ومن صلى في أول الوقت وقع فرضاً وهو ليس بمخاطب به عندنا في ذلك الوقت والجواب عن قوله لانه تبسع لأبويه فيه فلا يجعل أصلاً أن احدى الجهتين مؤيدة بالآخرى فلا يكونان متنافيين وذلك كالهندى اذا سافر مع السلطان ونوى السفر فهو مسافر بنية مقصودة وتبعاً للسلطان أيضاً (قوله ولهم) أي لابي يوسف وزفر والشافعي وجههم الله وقوله (ولابي حنيفة ومحمد وجههم الله



الا أنه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مريحة عليهم وهذا في الصبي الذي يعقل

لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر ألا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقيقة الدالة منه في الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم أو بالجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن أن يجعل عارفاً علم جهوله بالكفر ولا جاهلاً اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصارت كما اذا صام بنية يجعل صائماً شرعاً فلو لم يجعل مقطراً ولم يجعل صائماً وكذا اذا صلى ثم أفسدها فاما اذا كانت مما يقطع فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانه يتيقن بالمصلحة في نفس الامر وذلك كالهبة فانه حاز فيه كونه علم المصلحة لماعلمه من حسن الجزاء علمه بالضعف ربحاً كونه جاهلاً في ذلك بان لم تكن جارية لذلك فتعناها بخلاف القبول فاعلمنا علمه بالمصلحة فلا نجعله جاهلاً بها واذا ثبت أن المقتضى بعد العلم بثبوتها لا ترد لزوم ضررها بالضرورة ألا ترى أننا نتفقنا على جعله مرتداً اذا ارتد أو أواه ولحقاً به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر (قوله الأنا) أي الصبي المرتد (يجبر على الاسلام لما فيه من النفع) المتيقن ودفع أعظم المضار (ولا يقتل) وهذه رابعة تأر بسع مسائل لا يقتل فيها المرتد احداها الذي كان اسلامه تبعاً لا بوجه اذا باع من تدافى القياس يقتل كقول مالك والشافعي وفي الاستحسان لا يقتل لان اسلامه لما ثبت تبعاً لغيره صار شبهة في اسقاط القتل عنه وان باع من تدأ الثانية اذا أسلم في صغره ثم باع من تدافى القياس يقتل وبه قال مالك وأجود في الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والثالثة اذا ارتد في صغره والرابعة المذكورة على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحساناً لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السبب على راسه ظاهر في عدم الاعتقاد في صير شبهة في اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتل قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شيء ذكر السك في المبسوط وله احكام مستوهو الاقبط في دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافراً أجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافراً وقال المصنف في وجه عدم قتله (لانه) أي القتل (عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مريحة عليهم) وبين أن الكلام كافي في الصبي الذي يعقل الاسلام وفي المبسوط زاد كونه بحيث ينظر ويفهم ويفهم واعتراض جماعة من الشارحين قول المصنف مريحة عليهم بانه يعذب في الآخرة بخلافه فليس بحرماً ونقل ذلك عن الاسرار والمبسوط وجامع الترمذي رحمه الله وأحال الترمذي على هذه الرواية الى التبصرة فالاولى في التعديل ما في المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء في صحة اسلامه واغفل في المبسوط في هذه المسئلة فاذا حكم بجهته وذنبه بآنت مسنداً امرته ولكنه لا يقتل استحساناً لان القتل عقوبة وهو ليس من أهل أن يلتزم العقوبة في الدنيا بما ثمة سببه كسائر العقوبات ولكن لو قتل انسان لم يغرم شيئاً لان من ضرورة

بالعفو عنها وذلك قبيح كأن رد الاسلام انما يكون بالجر عنه وهو كذلك واعتراض بان هذا اعتبار ما هو مضره بضمة بما هو منفعة تحضه وذلك جيع بين الشيبين بالقياس وفسر الشارع بينهما ومثله فاسد في الوضع على ما عرف في الاصول والجواب أن هذا قياس منا بوجود شيء وتحققه بوجود شيء آخر وتحققه في عدم جواز الرد ولا نسلم ان الشارع فرق بينهما وقوله (الا أنه يجبر على الاسلام) هذا جواب الاستحسان وفي القياس يقتل لذنبه بعد اسلامه وقوله (لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مريحة عليهم) قال

جهله به فكذلك جهله برذنه فهذا يعلم أن قياس الردة بالاسلام صحيح من حيث ان في كل منهما اعتبار الاشئ بعد وجود حقيقته وبعد الصبي لا يجعل ما وجد منه حقيقة أنه غير موجود ألا ترى أن الصبي اذا صام ثم أكل عامداً يعدم الصوم لو وجد حقيقة الاكل ولا يعذر بالصبي لان من ضرورة كونه أهلاً للعقد كونه أهلاً لردعه كما أنه لما كان أهلاً للعقد الاحرام والصلاة كان أهلاً للعجز وج منه وانما لم يصح منه رد الهبة لما فيه من نقل الملك الى غيره ألا ترى أن ضرر الردة يلحقه بطريق التبعية اذا ارتد أو أواه ولحقاً به بدار الحرب وضرر رد الهبة لا يلحقه من جهة آية فيجب أن لا يلحقه من جهة نفسه أيضاً (قوله ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان) في هذا التعديل نوع نظر اذ لو كان سقوط القتل عنه باعتبار المرجحة لصباه كان ينبغي أن لا يعذب في النار بخلاف كسائر الكفار وقد صرح أن الصبي الكافر يخلد في النار فالصبي المرتد أولى لان كفره أغلظ والصحيح ما علل به في المبسوط لانه انما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه (قوله وهذا في الصبي الذي يعقل) يعني في صبي عاقل يقيم الحجج الواضحة على وحدانية الله تعالى ونبوذ محمد عليه السلام حتى اذا

ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي

صحته رده اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمراة اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلهما قاتل لم يلزمه شيء (ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة) وكذا الا يصح اسلامه (قوله وكذا المجنون) لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه (والسكران) الذي لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول وقال في قول آخر يصح ارتداده كطلاقة قلنا الردة تنبئ على تبدل الاعتقاد وعلم أن السكران غير معتمد لما قال ووقوع طلاقه لانه لا يقتصر الى القصد ولذا لم يملك طلاق الناموسي وتقدم في كتاب الطلاق فيه زيادة أحكام فارجع اليه في فصل ويقع طلاق كل زوج الى آخره \* (فروع) \* كل من أبغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدًا فاسباب بغيره أولى ثم يقتل حداً عندنا فلا تعمل توبة في إسقاط القتل قالوا هذا مذهب أهل الكوفة ومالك ونقل عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ولا فرق بين أن يجيء تائباً من نفسه أو شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الإنكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تعقيده بما اذا كان سكره بسبب تحפור بأشهر مختار ابلا كراه والافهوك للمجنون وقال الخطابي ولا أعلم أحدًا خالف في وجوب قتله وأما مثله في حق تعالى فتعمل توبة في إسقاط قتله ومن هزل باقضا كفر ارتدوان لم يعنقه ولا يستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى واذا تم ودنصر الى أو عكسه لنامره بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يؤمر بالكفر والردة ملحطة فواجب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد في وقت صلاة صلاها فعمله أداؤها نائبا وكذا يجب عليه الحج نائبا ان كان حجاً واذا أعتق المرتد عبده ثم أعتقه ابنه ثم مات المرتد أو قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فبموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت حقيقة أو حكماً ولا يتوقف بخلاف ما لو أعتق الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين فانه ينفذ والفرق في المبسوط وعن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد وله معتق فماله لمعتق لمعتق الابن لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم بخلاف الا الحسن رحمه الله قال لا يقبل في القتل الا أربعة قياساً على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له لالتكذيب بالشهود والعدول بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقاً الى الامام عند عامة أهل العلم الا عند الشافعي في وجه في العبد الى سيده ومن أصاب حداً ثم ارتد ثم أسلم لم يلحق بدار الحرب أقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد لا يقيم عليه وعند الشافعي وأحمد بقاء مطلقاً المبني ظاهر وقد مناه لا تقبل توبة الساحر والزنديق في ظاهر المذهب وهو من لا يتدين بدين وأما من يبعث الكفر ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب أن يكون حكمه في عدم قبولنا توبته كالزنديق لان ذلك في الزنديق لعدم الاطمئنان الى ما يظهر من التوبة اذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده ديناً والمنافق مثله في الانخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله اما بان يعثر بعض الناس عليه أو يسره الى من آمن اليه والحق أن الذي يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق فالزنديق ان كان حكمه كذلك فيجب أن يكون مبطلنا كفره الذي هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالاسلام أو غيره الى أن تظهر نابه وهو عربي والافلو فرضناه مظهر لذلك حتى تاب يجب أن لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم اذا أظهروا التوبة وكذا من علم أنه ينكر في الباطن بعض الضروريات كجرمة الخمر ويظهر اعتراف حرمته وقال أصحابنا لا يسحر

في النهاية فيه نظر لانه أسقط عقوبة القتل عن الصبي المرتد مرتدة لصباؤه والله تعالى أرحم الراحمين وهو لم يرحم عليه حتى عاقبه في النار بخدا كسائر الكفار وذلك منصوص عليه في الاسرار والجامع الصغير للامام الترمذي ومشار اليه في المبسوط ثم قال وأولى ما يعلى به في عدم قتل الصبي المرتد ما ذكرناه من تعليل المبسوط وهو قوله وانما لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء ورحمهم الله في صحة اسلامه في الصغر والله تعالى أعلم

ناظر الموحد أفهم واذا ناظر الملحد أفهم والاعتقاد باطن لا يوقف عليه في مقام السبب الظاهر وهو الاقرار عن طوع مقامه كافي البالغ ثم بعد وجود الشيء حقيقة اما أن يستقط اعتباره بحجر شرعي والحجز عن الاسلام باطل ولا يحكم بهتمه لضرر الحق وذات باطل لانه سبب السعادة الابدية فكان محض منفعة في الدنيا والآخرة وهو الحكم الاصل في الموضوع له ثم قد ينشئ عليه حرمان الارث والفرقة فلا يباي بذلك لان المنظور اليه في التصرفات الموضوعات الاصلية لا ترى أن ذاتها اذا جعل مسلماً تبعاً لغيره والتبعية فيما يتبعها بعض نفعاً لا فيما

حقيقة وتأثير في الألام الاجسام خلافا لمن منع ذلك وقال انما هو تخيل وتعليم السحر حرام بخلاف بين أهل العلم واعتقاد ابا حنيفة كقولهم عن أصحابنا ومالك وأحمد يكفر الساحر بتعليمه وفعله سواء اعتقد تخريجه أولا ويقتل وقدرى عن عمرو عثمان بن عمرو وكذلك عن جندب بن عبد الله وجبيب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون الاستئابة وفيه حديث مرفوع روى الشيخ أبو بكر الرازي في أحكام القرآن حدثنا ابن قانع حدثنا بشر بن موسى حدثنا ابن الاصمعي حدثنا أبو معاوية عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن بن جندب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال حدثنا الساحر به بالسيف انتهى يعني القتل قال وقصة جندب في قتله الساحر بالكوفة عن الوليد بن عتبة مشهورة وعند الشافعي لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد ابا حنيفة وأما الكاهن فقتل هو الساحر وقتل هو العراف وهو الذي يحدث ويخترص وقتل هو الذي له من الجن من يأتيه بالانخبار قال أصحابنا ناعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كقولهم اعتقد أنه تخيل لم يكفر وعند الشافعي ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانما يفعل ما يلتمسه كقولهم وعند أحمد حكمه حكم الساحر في رواية يقتل لقول عمر رضي الله عنه اقلوا كل ساحر وكاهن وفي رواية ان تاب لم يقتل ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه وأما قتله فيجب ولا يستتاب اذا عرفت مزاولته لعمل السحر اسعيه بالفساد في الارض لا يجزى دمه اذ لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره واذا طلب المرتدون الموادعة لا يجيبهم الى ذلك

قدم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهره والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كفره ورماء وقضاة والبغى في اللغة الطالب بغيت كذا أي طابته قال تعالى حكاية ذلك ما كنا

بشوبه ضرر وكونه موليا عليه لا ينفي كونه وليا بل ثبت الامران لمتنع معهما وهذا انه لما كان قاصر الاهلية صلح موليا عليه ولما كان صاحب أصل الاهلية صلح وليا ومتى جعلناه وليا لم نجعله فيه موليا عليه ومتى جعلناه موليا عليه لم نجعله وليا فيه فانه اذا صار مسلما باسلام نفسه لا يكون فيه تبعالا بوجهه واذا كان مسلما تبعالا لا يكون مسلما باسلام نفسه فلا يكون بينهما منافاة وقولهم في الردة أنهم امضرة مخضرة قلنا نعم الردة ضرر لكنه أهل للتصرف اضرار اذا كان يندرج في امكانه تلافيه ألا ترى أن الاقرار بالرق منه يصح وان كان ضررا لا مكان تلافيه باقامة البيعة على حريته فان قيل لو صح اسلامه بنفسه كان ذلك منه فرضا لا سقاة القول بكونه متغافلا في الاسلام ومن ضرر ورة كونه فرضا أن يكون مخاطبا وهو غير مخاطب بالاتفاق فاذ لم يكن يصح فرضا لم يصح بخلاف سائر العبادات فانه متردد بين الفرض والنفل وبخلاف ما اذا جعل مسامتا تبعا لغيره لان صفة الغرضية في الأصل مغنيت عن اعتباره في التبع ولا نه لو لم يصف الاسلام بعد ما عقل لا تنفع الغرفة بينه وبين امرائه ولو صار عقله معتبرا في الدين لوقعت الغرة قتال المحسن أن يصف كتابا بعد البلوغ قلنا نعم عالم يكن مخاطبا بالاداء لدفع الحرب عنه اذا امتنع وهذا يدل على أنه يحكم بعينه اذا أدى باعتباره أن عند الاداء يجعل الخطاب كالسابق ليحصل المقصود كما لا بأس بالخطاب باداء الجمعة واذا أدى يقع ذلك فرضا منه بهذا الطريق وهذا الان عدم توجه الخطاب بالاسلام لدفع الضرر ولا ضرر عليه اذا أدرج الخطاب بهذا الطريق بل يتوفر عليه المنفعة عتمة أنه يحكم بالاسلام لوجود حقيقة من غير أن يتعرض بصفة وانما لا تبين زوجه منه اذ لم يحسن أن يصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية والاصالة وتوفر معنى المنفعة عليه أما قوله انه تبع لا بوجه فيه فلا يجعل أصلا قلنا انما يمنع الجمع بين معنى التبعية والاصالة اذا كان بينهما مضادة فالما اذا تأيد أحدهما بالآخر فذلك مستقيم كالأمر اذا سافر مع زوجها ونوت السفر فهي مسافرة بنية ما مقصودة وتبعا لزوجها أيضا والله تعالى أعلم بالصواب

آخر هذا الباب عن باب المرتد لقلة وجوده والبغاة جمع باغ كالفقهاء جمع فاض

(قوله آخر هذا الباب الخ) أقول ويجوز أن يقال يجري مباحث البغاة من مباحث المرتد يجري المركب من المفرد لا اشتراط الاجتماع في البغى دون الارتداد وأيضا المرتد كافر وكتاب السيرة في بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغى فانه مسلم طيب بدنه

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن  
شبهتهم

نبي ثم استنصر في العرف في طلب ما يحل من الجور والظلم والباطل في عرف الفقهاء الخارج عن طاعة إمام  
الحق والخارجون عن طاعته أربعة أصناف أحدها الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة يأخذون  
أموال الناس ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثاني قوم كذلك إلا أنهم لا منعة لهم  
لكن لهم تأويل في حكمهم حكم قطاع الطريق إن قتلوا قتلوا وصلبوا وإن أخذوا مال المسلمين قطعت أيديهم  
وأرجلهم على ما عرف والثالث قوم لهم منعة وجبة خرجوا عليه بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية  
بوجب قتاله بتأويلهم وهو لا يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم  
ويكفرون أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور أهل الحديث حكم  
البدعة وعند مالك يستتابون فإن تابوا وإلا قتلوا فعلى الفساد لا يكفرهم وذهب بعض أهل الحديث إلى  
أنهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله صلى الله عليه وسلم يخرج قوم في آخر الزمان أحداث الأسنان سفهاء  
الأحلام يقولون من خبر قول البرية بقرئ القرآن لا يجاوز زحناجرهم يرقون من الدين كما خرج السهم من  
الرمية فأينما القيتهم فانتلهم فان في قتلهم أجزال من قتلهم يوم القيامة واه البخاري وعن أبي امامة أنه رأى  
رؤساً منصوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء  
مسلمين فصاروا كفاراً قيل يا أبا امامة هذا نبي تقول قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر ولا أعلم  
أحدًا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء  
لا يكفرون أحدًا من أهل البدع وبعضهم يكفرون بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلًا لا قطعًا ونسبه  
إلى أكثر أهل السنة والنقل الأول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام  
الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر  
أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من حديث كثير الحضري يدل على عدم  
تكفير الخوارج وهو قول الحضري دخلت مسجد الكوفة فتمن قبل أبواب كندة فاذا انفرخسة يشتمون عليا رضي  
الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول أعاهد الله لا قتلنه فتعلق به وتقرقت أصحابه عنه فانت به عليا رضي الله  
عنه فقلت اني سمعت هذا يعاهد الله لا يقتلك فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سوار المنقري فقال علي رضي  
الله عنه خل عنه فقلت أخلى عنه وقد أعاهد الله لا يقتلك قال أفاقته ولم يقتلني قلت فانه قد شتمك قال فاشتمه ان  
شئت أو دعه ففي هذا دليل أن ما لم يكن للخارجين منعة لا يقتلهم وأنهم ليسوا كفارًا إلا بشتم علي ولا يقتله قيل الا  
إذا استحله فان من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغیر حق أو عن تأويل  
واجتهاد يؤديه إلى الحكم بحله بخلاف الاستحل بلا تأويل ولا يلزم تكفيرهم لأن الخوارج يستحلون القتل  
بتأويلهم الباطل وما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكره محمد بن أبي بصير قال بلغنا عن علي رضي الله عنه أنه  
بينما هو يخطب يوم الجمعة أذ حكت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها  
باطل لن تمنعكم مساجد الله أن تذكر وافها اسم الله ولن تمنعكم التي عماد امت أيديكم مع أيدينا وان نقاتلكم  
حتى تقاتلونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج نداؤهم بقولهم الحكم لله وكانوا يشتمون بذلك  
إذا أخذ على الخطبة ليسوشوا وأخاطبهم كانوا يصدون بذلك نسبه إلى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين  
ولهذا قال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل يعني تكفيره وفي دليل أن الخوارج إذا قاتلوا الكفار مع  
أهل العدل يستحقون من الغنمة مثل ما يستحقه غيرهم من المسلمين وأنه لا يعز بالتعريض بالشتم لأن نسبه  
إلى الكفر شتم عرضوا به ولم يصروا إلى إباحة قوم مسلمون خرجوا على إمام العدل ولم يستبجوا ما استباحه  
الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذرارهم وهم البغاة (قوله وإذا تغلب قوم من المسلمين على البلد وخرجوا عن  
طاعة إمام) الناس به في أمان والطرق آمنة (دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم) التي أوجبت

(وإذا تغلب قوم من المسلمين  
على بلد وخرجوا من طاعة  
الإمام دعاهم إلى العود إلى  
الجماعة وكشف عن شبهتهم)  
وذلك بطريق الاستصحاب  
فإن أهل العدل لو قاتلوا من  
غير دعوة إلى العود لم يكن  
عليهم شيء لأنهم علموا  
ما يقاتلون عليه فإلهم في  
ذلك كحال المرتدين وأهل  
الحرب الذين باغتهم الدعوة

(قوله وذلك بطريق  
الاستصحاب) أقول أشار  
بقوله ذلك إلى قوله دعاهم  
إلى العود

لان عليا فعل كذلك باهل حرو وراء قبل قتالهم

خروجهم (لان عليا رضى الله عنه فعل ذلك باهل حرو) قبل قتالهم وليس ذلك واجبا بل من سبب لانهم كمن  
 باغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانيا وتسحب حرو وراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر ومنه  
 قول عائشة رضي الله عنها المعادة أحرورية أنت أسعد النساء في سنة الكبري في خصائص علي ابن  
 عباس رضي الله عنهم قال لما خرجت الحرو بقاتلوا في دارو كانوا ستة آلاف فقاتل علي بأمر المؤمنين أبرد  
 بالصلاة لعلي أ كالم هو لاء القوم قال اني أخافهم عليك قلت كلا فليست ثيابي ومضيبت انهم حتى دخلت عليهم  
 في داروهم مجتمعون فيها فقالوا امر حبابك يا ابن عباس ما جاء بك قلت أتيتكم من عند أصحاب النبي صلى الله  
 عليه وسلم المهاجرين والانصار من عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم أعرف  
 بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد جئت لباغكم ما يقولون وأباغهم ما يقولون فأتيتهم فقلت ما هي  
 ما تقدم علي أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وخنسه وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا  
 احدهن أنه حكم الرجال في دين الله وقد قال تعالى ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة قالوا أما الثانية فانه قاتل  
 ولم يسب ولم يغتم فان كانوا كفارا فقد حلت لنا ساؤهم وأموالهم وان كانوا مؤمنين فقد حمت علينا دماؤهم  
 قلت هذه أخرى قالوا أما الثالثة فانه محام نفسه من أمير المؤمنين فان لم يكن أمير المؤمنين فانه يكون أمير  
 الكافرين قلت هل عندكم شيء غير هذا قالوا احسبنا هذا قلت لهم أرايتم ان قرأت عليكم من كتاب الله وحدتكم  
 من سنة نبيه صلى الله عليه وسلم ما يرد قولكم هذا ترجعون قالوا اللهم نعم قلت أما قولكم انه حكم الرجال في  
 دين الله فانا أقرأ عليكم أن قد صير الله حكمه الى الرجال في أربع سنين أربع درهم قال تعالى لا تقتلوا لصدوا وتم  
 حرم الى قوله يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله  
 وحكما من أهلها أنشدكم الله أحكم الرجال في حق دماؤهم وأصلح ذات بينهم أحق أم في أربع سنين  
 أربع درهم قالوا اللهم بل في حق دماؤهم وأصلح ذات بينهم قلت أخرجت من هذا قالوا اللهم نعم قلت وأما  
 قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغتم أتسمون أمكم عائشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي أمكم اني فعلتم  
 لقد كفرتم فان لتم ليست أمنا فقد كفرتم قال الله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم وأزواجه أمهاتهم  
 فانتم بين ضلالتين فاتوا منها بخير أخرجت من هذه الأخرى قالوا اللهم نعم قلت وأما قولكم انه محام نفسه  
 من أمير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا لولاية علي أن يكتب بينه وبينهم كتابا فقال  
 اكتب هذا ما قاضي عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم أنك رسول الله ما صدناك عن البيت ولا قاتلناك  
 ولكن اكتب محمد بن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان كذبوني فبأعلى اكتب محمد بن عبد الله فرسول  
 الله صلى الله عليه وسلم خير من علي وقد محام نفسه ولم يكن يحوه ذلك نحو من النبوة أخرجت من هذه الأخرى  
 قالوا اللهم نعم فرجع منهم ألفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم أن  
 عبد الله بن شداد سمعته عائشة عن الذين قتلهم علي فقال لما كان حرب معاوية وحكم الحاكمين خرج عليه  
 ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بارض يقال الهاجروا من جانب الكوفة الى أن قال بعث علي اليهم عبد  
 الله بن عباس فخرجت معه حتى اذا تواضعوا عسكرهم قام ابن الكواء خطيبا فقال يا حلة القرآن هذا عبد  
 الله بن عباس فمن لم يكن يعرفه فانا أعره من كتاب الله ما يعرفه هذا من نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون  
 فردوه الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطيبا وقرأوا الله لنواضعه فواضعهم عبد الله بن عباس  
 الكتاب ووضعوه ثلاثا أيام فرجع منهم أربعة آلاف فيهم ابن الكواء حتى أدخلهم الكوفة على علي الى

(قوله باهل حرو) وهي قرية بالكوفة تمدو وقصر وسبب خروجهم أنهم قالوا القتال واجب بالنص  
 وعلى رضى الله عنه ترك القتال بالتحكيم فإرسل علي عبد الله بن عباس رضى الله عنهما ليكشف شبهتهم فلما  
 ذكروا قال ابن عباس رضى الله عنهما هذه الحادثة ليست بأدنى من بيض الحام وفيه التحكيم لقوله تعالى يحكم

(لان عليا رضى الله عنه فعل ذلك باهل حرو) بالحاء  
 المهملة تمدو وقصر وسبب لانهم كمن  
 قرية بالكوفة كان بها أول  
 تحكيم الخوارج واجتماعهم  
 بسبب تحكيم علي بأمر موسى  
 لاشعري رضى الله عنهما بينه  
 وبين معاوية فالتين ان  
 القتال واجب لقوله تعالى  
 فقاتلوا التي تبغي الآية وعلى  
 ترك القتال بالتحكيم وهو  
 كفر لقوله تعالى ومن لم يحكم  
 بما أنزل الله فاولئك هم  
 الكافرون وذلك أنه رضى  
 الله عنه ان يذبح بن عباس  
 ليكشف شبهتهم ويدعوهم  
 الى العود فلما ذكروا  
 شبهتهم قال ابن عباس رضى  
 الله عنهما هذه الحادثة  
 ليست بأدنى من بيض  
 الحام وفيه التحكيم بقوله  
 تعالى يحكم به ذوا عدل منكم  
 فكان تحكيم علي رضى  
 الله عنه موافقا للنص  
 فالزمهم الحجة كتاب البعض  
 وأصر البعض وكلامه واضح  
 (قوله وفيه التحكيم بقوله)  
 تعالى يحكم به ذوا عدل منكم  
 أقول هذه الآية في سورة  
 المائدة ثم أقول ظاهر هذا  
 الكلام لا يدفع شبهتهم  
 على ما قررها فانه يدل على  
 جواز التحكيم في الجملة  
 لا على جواز ترك المأمور به  
 بالتحكيم فليتأمل واستعرف  
 بعد أسطر أن الامر في قوله  
 تعالى فقاتلوا الواجب

ولأنه أهون الأمرين والغسل الشر ين دفع به فيبدأ به (ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤا قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال العبد الضعيف هكذا ذكره القدرى في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعى لا يجوز حتى يبدؤا بالقتال حقيقة لأنه لا يجوز قتل المسلم الا دفاعا عنهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكافر مباح عنده ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لأنه لو انظر الامام حقيقة قتالهم بما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم وإذا بلغه أنهم يشتركون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقاموا عن ذلك ويجسدوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروى عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام أما عانة الامام الحق فإن الواجب عند الغناء والقدرة

آخر الحديث وقال على شرط البخارى ومسلم (قوله ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه هكذا ذكره القدرى وهو عين ما قدمناه من قول على رضى الله عنه وان نقا لكم حتى تقا تلونا) وذكر الامام الاجل المعروف بخواهر زاده أن عندنا يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعى لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة) وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم (لان قتل المسلم لا يجوز الا دفاعا عنهم) أى البغاة (مسلمون) لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما ثم قال فان بغت احدهما على الاخرى فقاتلوا التى تبغى حتى تبنى على أمر الله ونحن أدرنا بالحكم وهو حلال القتال على دليل قتالهم (وذلك) (هو الاجتماع) على قصد القتال (والامتناع) لأنه لو انظر حقيقة قتالهم بما لا يمكنه الدفع لتقوى شوكتهم وتكثير جمعهم وصفا والفتنة يسرع اليها أهل الفساد ودم الأكثر والكفر ما أباح القتال الا للحرابة والبغاة كذلك ويجب على كل من أطلق الدفع أن يقاتل مع الامام الا أن يبدؤا بما يجوز لهم القتال كأن ظلمهم أو ظلم غيرهم ظلم لا شبهة فيه بل يجب أن يعينهم حتى ينصفهم ويرجع عن جورهم بخلاف ما إذا كان الحال مشتبهاً أنه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التي للامام أخذها والحق الضرر به الدفع ضرراً عموماً منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المنجنيق وارسال الماء والزاد وخواهر زاده معناه ابن الاخت وكان ابن اخى القاضى الامام أبى ثابت قاضى سمرقند واسم خواهر زاده محمد وكنيته أبو بكر واسم أبيه حسين البخارى وهو معاصر لشمس الأئمة السمرخسى وموافق له فى اسمه وكنيته لاشمس الأئمة اسمه محمد وكنيته أبو بكر بن أبى سهل وتوفى كل منهما فى العام الذى توفى فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين وأربع مائة ونفر الاسلام أيضاً معاصر لهما وتوفى فى سنة احدى وثمانين وأربع مائة (فاذا بلغه أنهم يشتركون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقاموا عن ذلك ويجسدوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله) من قوله الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعزل الفتنة ويقعد فى بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من الفتنة أعتق الله رقبة من النار وقال لو احدث من الصحابة كن حلسا من أحلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد رحمه الله على ما إذا لم يكن لهم امام) وما روى عن جماعة من الصحابة أنهم قعدوا فى الفتنة محمول على أنه لم يكن لهم قدرة ولا غناء ووربما كان بعضهم فى تردد من حل القتال كإروى عن بعضهم أنه اتى عليا رضى الله عنه يطلب عطاء من بيت المال فنهى على رضى الله عنه وقال له أيس كنت يوم صفين فقال ابغى سيغا أعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله هذا وانما قال فقاتلوا التى تبغى حتى تبنى على أمر الله وما روى إذا التقي المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول فى النار فمحمول على اقتتالهما جارية وعصية كما يتفق بين أهل قرينين ومحمد بن أبى جبار الدنيا والمملكة قال الذهبى رحمه الله عن أبى وائل عن أبى ميسرة عن محمد بن جرير بن عجلان به ذوا عدل منسوخ فكان يحكم على رضى الله عنه موافقا للنص فالزمهم الحجة فتاب البعض وأصر قوم على ذلك (قوله أهون الأمرين) الدعاء الى العود الى الجماعة بكشف شبهتهم والقتال (قوله المعروف بخواهر زاده رحمه الله) وهو خواهر زاده للقاضى الامام أبى ثابت رحمه الله (قوله والمروى عن أبي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت) قال أبى حنيفة رحمه الله اذا وقعت الفتنة بين المؤمنين ينبغي أن يعزل الفتنة ويحترقها ويلزم البيت

وقوله (والمروى عن أبى حنيفة رحمه الله من لزوم البيت) يريد به ما روى الحسن بن أبى حنيفة أن الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم أن يعزل الفتنة ويقعد فى بيته لقوله عليه الصلاة والسلام من فر من الفتنة أعتق الله رقبته من النار (محمول على حال عدم الامام) أما اذا كان المسلمون مجتمعين على امام وكانوا آمنين به والسبل آمنة تفرج عليه طائفة من المؤمنين فينشد يجب على كل من يقوى على القتال أن يقاتلهم نصر الامام المسلمين لقوله تعالى فقاتلوا التى تبغى فان الامر للوجوب

(فان كانت لهم فتنة أجهز على جرحهم واتبع مولاهم) دفعوا الشرهم كي لا يلحقوا بهم (وان لم يكن لهم فتنة لم يجهز على جرحهم ولم يتبع مولاهم) لاندفاع الشرودنه وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً وجوابه ما ذكرناه أن المعتبر دليله لاحقية قتله (ولا ينسب لهم ذر يتولا بقسم لهم مال) لقول علي يوم الجمل ولا يقتل أسيراً ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الأسير تاويله اذا لم يكن لهم فتنة فان كانت يقتل الامام الأسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولا نلهم مسلمون والاسلام بعصم النفس والمال (ولا باس بأن يقتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه) وقال الشافعي لا يجوز والكرع على هذا

قال ريت كأن قبا بن رباح فقلت لمن هذه فقالوا الذي السكاع وأصحابه ورأيت قبا بن رباح فقلت لمن هذه فقلت لعمار بن ياسر وأصحابه قتل وكيف وقد قتل بعضهم بعضاً قال انهم وحدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لأن قتالهم عن اجتهاد (قوله فان كانت لهم فتنة أجهز على جرحهم) أي يسرع في اماتته (واتبع مولاهم) على البناء للمفعول فلهما للقتل والاسر (دفعوا الشرهم كي لا يلحقا) أي الجريح والمولى (بهم) أي بالفتنة على معنى القوم وان لم يكن لهم فتنة لم يجهز على جرحهم ولم يتبع مولاهم لاندفاع الشر بدون ذلك وهو المطلوب (وقال الشافعي) وأجند أيضاً (لا يجوز ذلك) أي الاجهاز والاتباع (في الحالين) حالي الفتنة وعدمها (لان القتال اذا تركوه) بالتولية والجرح احتل المجزعة عنه (لم يبق قتلهم دفعاً) ولا يجوز قتلهم الا دفعاً لشرهم ولما روى ابن أبي شيبة عن عبد خير عن علي رضي الله عنه أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جرح ومن ألقى سلاحه فهو آمن وأسند أيضاً ولا يقتل أسيراً (وجوابه ما ذكرناه أن المعتبر) في جوارز القتل (دليل قتلهم لاحقية قتله) ولأن قتل من ذكرنا اذا كان له فتنة لا يخرج عن كونه دفعاً لانه يتخير الى الفتنة ويعود شره كما كان وأصحاب الجمل لم يكن لهم فتنة أخرى سواهم (قوله ولا ينسب لهم ذر يتولا اذا ظهر عليهم) ولا يقسم لهم مال) بين المقاتلة (لقوله على) رضي الله عنه فيماري ابن أبي شيبة أن علياً لما هزم طلحة وأصحابه أمر مناديه فنادى أن لا يقتل مقبل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستقبل فرج ولا مال وروى عبد الرزاق نحوه هذا وكان علي رضي الله عنه لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيئاً فليأخذه وفي تاريخ واسط باسناده عن علي أنه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جرح ولا تقتلوا أسيراً واياكم والنساء وان شئتم أعراضكم وسببهم أمراءكم ولقد رأيتنا في الجاهلية وان الرجل ليتناول المرأة بالجريرة أو بالهر او فغيرهما هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرک والبخاري في مسنده من حديث كوث بن حكيم عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدري يا ابن أم عبد كيف حكم الله فيمن اغي من هذه الامة قال الله ورسوله أعلم قال لا يجهز على جرحها ولا يقتل أسيرها ولا يطلب هاربها ولا يقسم فيؤها وأعله البزار بكونه بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال محمود بن غسان أن علياً رضي الله عنه ألقى ما أصاب من عسكر أهل النهروان في الرحبة أن عرف شيئاً أخذه حتى كان آخره قدر حديثاً لسان فآخذه (وقول علي رضي الله عنه في الأسير تاويله اذا لم تكن له فتنة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الأسير) وان كان عبداً يقتل (وان شاء حبسه) والعبد الذي لا يقتل بل يخدم مولا محبس (لما ذكرناه) من دفعه الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الامة الثلاثة ومعنى هذا الخيل أن يحكم نظره فيما هو أحسن الأمرين في كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لاجهوى النفس والتشفي واذا أخذت المرأة من أهل البغي وكانت تقتال حبست ولا تقتل الا في حال مقاتلة لها دفاعاً وانما تحبس للعصية ولمنعها من الشر والفتنة (قوله ولا باس أن يقتلوا بسلاحهم ان احتاج أهل العدل اليه) وكذا السكر اع يقتلوا عليه (وقال الشافعي لا يجوز)

ولا يخرج الى الفتنة وتاويله اذا لم يكن له امام يدعو الى القتال أما اذا كان له امام غناه لاسعه اتقاء عدو في الحديث لذاهاجت الفتنة كن جالس بيتك (قوله ما ذكرناه) أراد به قوله ولنا أن الحكم يدار على الدليل (قوله يوم الجمل وقعت عائشة رضي الله عنها مع علي رضي الله عنه بالبرصة) سميت بذلك لانها كانت على جمل امه عسكر (قوله وان شاء حبسه لما ذكرناه) يريد قوله ولا يقتل أسيراً

وقوله (أجهز وأتبع) على بناء المفعول ويقال أجهزت على الجرح اذا أسرعت قتله وتمعت عليه (قوله ولا يقتل أسيراً) هو مقول على رضي الله عنه (ولا يكشف ستر) أي لا تسبي نسائهم الا ترى أن اصحاب علي رضي الله عنه سألوه قسمته ذلك فقال فاذا قسمت فلن تكون عائشة رضي الله عنها والقدرة اسم للاقتداء كالاسوة اسم للاقتداء يقال فلان قدوة أي يقتدى به (قوله لما ذكرناه) اشارة الى قوله ويحبسهم الى قوله دفعاً للشر (قوله ولا نلهم مسلمون) معطوف على قوله لقول علي رضي الله عنه



الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به الارضاء ولنا أن علينا قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للعاجلة لا للتملك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى والمعنى فيه الحق الضرر الأدنى لدفع الأعلى (ويجس الامام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج اليها إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما الردي بعد التوبة فلا ندفع الضرورة ولا استغنام فيها قال (وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذها الإمام نانيا) لأن ولاية الأخذ باعتبار الحيازة ولم يحكمهم (فإن كانوا صرّفوه في حقه أجزأ من أخذ منه) لوصل الحق إلى مستحقه (وإن لم يكونوا صرّفوه في حقه فعلى أهلهم فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك) لأنه لم يصل إلى مستحقه قال العبد الضعيف قالوا إعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة فسكنوا مصارفهم وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك لأنه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة وفي المستقبل يأخذها الإمام لأنه يحكمهم فيه لظهور ولايته (ومن قتل رجلا وهما من عسكر أهل النقي ثم ظهر عليهم فليس عليهم شيء) لأنه لا ولاية للإمام

وقوله (أما عدم القسمة فلما بيناه) إشارة إلى قول علي ولا يؤخذ من مال وقوله لأنهم مسلمون

استغمالها في القتال وترد عليهم عند الأمن منهم ولا ترد قبله (لأنه مال مسلم فلا يجوز ذلك الارضاء ولنا أن علينا الخ) يريد ما روى أن أبي شيبة في آخر مصنفه في باب وقعة الجبل بسنده إلى ابن الحنفية أن عليا رضي الله عنه قسم يوم الجبل في العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح قال المصنف (وكانت قسمته للحاجة لا للتملك) ولولا أن فيه إجماعاً لم يكن التمسك ببعض الظواهر في غلظك فان ابن أبي شيبة أسند عن أبي الجحترى لما نزل أهل الجبل قال علي رضي الله عنه لا تطلبوا من كان خارجاً من العسكر وما كان من دابة أو سلاح فهو لكم وليس لكم ولدواي أم امرأة قتل زوجه فاستغنى عن ذلك بعبارة أخرى فقال هاتوا نسائكم وأقرعوا على عائشة فنهى رأس الأمر وتحمل لنادماؤهم ولا تحمل لنساءهم فخففوه فقال هاتوا نسائكم وأقرعوا على عائشة فنهى رأس الأمر وقائدهم قال فقصمهم على رضي الله عنه وعرفوا قالوا استغفر الله قال المصنف (ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل) أي يستعين بكرامه وسلاحه عند حاجة المسلمين اليه (ففي مال الباغي أولى والمعنى) المجوز (فيه أنه دفع الضرر الأعلى) وهو الضرر المتوقع إجماعاً للمسلمين (بالضرر الأدنى) وهو إضرار بعضهم (ويجس الامام أموالهم) لدفع شرهم وإضعافهم بذلك (ولا يردها لهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم) أو على ورتهم إذا ظهر ذلك وإذا حبسها كان يبيع الكراع أولى (لأن حبس الثمن أنظر) ولا ينفق عليهم من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليهم وهذا إذا لم يكن للإمام بها حاجة (فإنه وما جباه أهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا يأخذها الإمام نانيا) إذا ظهر على البغاة (لأن ولاية الأخذ) إنما كانت (له لحيازة إياهم ولم يحكمهم) وما قيل إن عليا رضي الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبهوه فيه فظهر أن الخوارج لا تعلم أنهم غلبوا على بلدة فأخذوا جباياتهم قالوا كان ابن عمر إذا أناه ساعى الحر وراء دفع اليمز كانه وكذا سلمة بن الأكوع ثم (إن كانوا صرّفوه في حقه) أي إلى مصارفه (أجزأ من أخذ منه) ولا إعادة عليه (لوصل الحق إلى مستحقه وإن لم يكونوا صرّفوه في حقه فعلى من أخذ منهم أن يعيدوا الاداء فيما بينهم وبين الله تعالى) قال المصنف رحمه الله (قالوا) أي المشايخ (لا إعادة على الأرباب في الخراج لأنهم) أي البغاة (مقاتلة) وهم مصروف الخراج (وإن كانوا أغنياء وفي العشر إن كانوا فقراء فكذلك) وإن كانوا أغنياء أفتوا بالاعادة وكذا في زكاة الأموال كلها وأخذوها وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة إذا نوى الدافع التصديق عليهم في ثياب الزكاة فأرجع إليه (قوله ومن قتل رجلاً إلى آخره) يعني إذا كان رجلاً من أهل البغي قتل أحدهم مما لا يجب على القاتل دية ولا قصاص إذا ظهر ناعليهم لأنه قتل نفسه يباح قتلها ألا ترى أن العادل إذا قتل لا يجب عليه شيء

قال المصنف (ويجس الامام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا) أقول قوله ولا يقسمها تكرار محض مع أنه يومهم ذكره ههنا من أول الأمر أن يكون حتى يتوبوا غاية وليس كذلك بل قوله حتى يتوبوا غاية لقوله ويجس فلا يردها كما يدل عليه قوله فيردها

(قوله ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل) وأصل هذا حديث صفوان فإنه عليه السلام أخذ منه دروعاً حالة الحار به بغير رضاء فقال أفصبا يا محمد فقال لابل عارية مؤادة (قوله وأما عدم القسمة فلما بيناه) أنهم

العدل حين القتل فلم ينفذ موجبا كالتقتل في دار الحرب (وان غلبوا على مصر فقتل رجل من أهل مصر رجلا من أهل مصر عدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه) وتاويله اذا لم يجز على أهله أحكامهم وأزجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام فيجب القصاص (واذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فانه برئ فان قتله الباغي وقال قد كنت على حق وأنا الا أن على حق ورثه وان قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي وأصله أن العادل اذا أتلف نفس الباغي ورثه لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفع الشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا وأثم وقال الشافعي رحمه الله في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو ماله أنه أتلف مالا معصوما أو قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنع ولنا إجماع الصحابة ورواه الزهري

قوله (وأزجوا) يعني أقطع  
أهل البغي من المصر (قبل  
ذلك) أي قبل إجراء  
أحكامهم على أهله وقوله (في  
الوجهين) أي في الوجه الذي  
قالنا على الحق وفي الوجه  
الذي قالنا على الباطل  
وقوله (رواه الزهري) قال  
الزهري وقعت الغتنة  
وأصحاب رسول الله صلى الله  
عليه وسلم كانوا متوافرين  
فاتفقوا على أن كل دم  
أريق بتاويل القرآن فهو  
موضوع وكل فرج استعمل  
بتاويل القرآن فهو  
موضوع وكل مال أتلّف  
بتاويل القرآن فهو موضوع

فلما كان مباح القتل لم يجب به شيء ولا من القصاص لا يستوفي الا بالولاية يتوهى بالمنعة ولا ولاية لا مامنا عليهم فلا يجب شيء وصور (كالتقتل في دار الحرب) وعندنا الاثنا عشر لا يقتل به لان عندهم كل موضع يجب فيه العبادات في أوقاتها فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه (قوله وان غلبوا على مصر) من أمصار أهل العدل فقتل رجل من أهل المصر رجلا منهم عدا ثم ظهر ناعلي ذلك المصر فانه يقتص منه) ومعنى المستله كما قال نضر الاسلام أنهم غلبوا ولم يجز فيها حكمهم بعد حتى أزجهم امام العدل عن أهل المصر رأى أخرجه قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم تنقطع ولاية الامام فوجب القودا ما لو جرت أحكامهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة (قوله واذا قتل رجل من أهل العدل باغيا فانه برئ) بالاتفاق لانه مأمور بقتله فلا يحرم الميراث به (وان قتل الباغي) العادل (وقال كنت على الحق وأنا الا أن على الحق ورثه وان قال قتلته وأنا أعلم أني على الباطل لم يرثه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يرث الباغي) العادل (في الوجهين وهو قول الشافعي وأصله) أي أصل هذا الخلاف الخلاف في (أن العادل اذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن) عندنا (ولا يأثم لانه مأمور بقتالهم دفع الشرهم) وهذا بالاتفاق (والباغي اذا قتل العادل) بعد قسام منعتهم وشوكتهم (لا يجب الضمان) عليه (عندنا) وبه قال احمد والشافعي في قوله الجسد بدو قتل قبل ذلك اقتص منه اتفقا وكذا يضمنون المال (وقال الشافعي في القديم يضمن) وبه قال مالك لانهم انفوس وأموال معصومة فتضمن بالاتلاف ظلموا وعدوانا (وعلى هذا الخلاف لو تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا ولنا أنه) اتلاف ممن لم يعتد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الالتزام عليه فلا يؤخذ به قياسا على أهل الحرب والحاصل ان في الضمان منوط بالمنعة مع التأويل فلو تجردت المنعة عن التأويل كغزو غلبوا على أهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بلاتأويل ثم ظهر عليهم أخذوا بجميع ذلك ولو انفرد التأويل عن المنعة بأن انفرد واحد أو اثنان فقتلوا وأخذوا عن تأويل ضمنوا اذا تابوا وقدر عليهم والدليل على ما ذكرناه (إجماع الصحابة ورواه الزهري) قال عبد الرزاق في مصنفه انبأنا معمر اخبرني الزهري

مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال (قوله كالتقتل في دار الحرب) وهو أنه اذا قتل مسلما في دار الحرب ثم ظهر عليهم فليس على القاتل شيء فكذلك ههنا والجامع انقطاع ولاية الامام في حالة الجنائية (قوله ورواه الزهري رحمه الله) قال وقعت الغتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين فاتفقوا على أن كل دم أريق بتاويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استعمل بتاويل القرآن فهو موضوع وكل مال أتلّف بتاويل القرآن فهو موضوع (وقال الشافعي في القديم) الضمان اذا ضمت اليه المنعة كتأويل أهل الحرب فانهم لا يضمنون ما أتلّفوا علينا هذا المعنى بذلك لان أهل البغي يستحلون الدماء بتاويل أن ارتكاب الريب كفر وقد صارت لهم منعة دافعة فصع الدفع منهم فلا يضمنون لان لزوم الاحكام بالالتزام أو بالالتزام ولا التزام لانه باعتراف حرمات الاتلاف وهم يعتقدون حله حيث يقولون عصي الله ولم يعمل بموجب

ولانه اتلف عن تاويل فاسدوا القاسد منه لمحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنفعة في حق الدفع كافي منعة أهل الحرب  
وتاويلهم وهذا لان الاحكام لا يذفيها من الزام أو الالتزام ولا التزام الاعتقاد بالباحة عن تاويل ولا الزام لعدم  
الولاية لتلوجود المنفعة والولاية باقية قبل المنفعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام باعتقاد بخلاف الاثم لانه لا منعة  
في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث ولا يبي يوسف رحمه الله في قتل  
الباغي العادل أن التأويل القاسد دائما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث فلا يكون  
التأويل معتبرا في حق الارث وله ما فيه أن الحاجة الى دفع الحرمان أيضا اذا القرابة سبب الارث فيعتبر  
القاسد فيه الآن من شرطه بقاءه على ديانتها فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال  
(ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عسا كرههم) لانه اعانة على المعصية (وليس يبيعه بالكوفة من أهل  
الكوفة ومن لم يعرفه من أهل الفتنة باس) لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيعه بنفس السلاح  
لا يبيع ما لا يقا تل به الابصنة ألا ترى أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الحشب وعلى هذا الحزم العنب

أن سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امرأ خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحققت  
بالحرورية فتزوجت ثم انهارت رجعت الى أهلها ثابتة قال فكتب اليه أما بعد فان الفتنة الاولى نارت وأصحاب  
رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على احد حتى يفرج استحواؤه  
بتاويل القرآن ولا قصاصا في دم استحواؤه بتاويل القرآن ولا برمال استحواؤه بتاويل القرآن الآن يوجد شيء  
بعينه فيرد على صاحبها وانى أرى ان ترد الى زوجها وأن يخدم من افترى عليها قال المصنف (ولانه أتلف عن  
تاويل فاسدوا القاسد من التأويل لمحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنفعة في حق الدفع) أي نفى الضمان وصار  
(كافي منعة أهل الحرب وتاويلهم) ولا يخفى أن هذا الاعتبار هو والحق القاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ  
حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنفعة اليه وتعليه بانه عند انضمام المنفعة تنقطع ولاية الزام فيلزم  
السقوط كله مسندا الى الاجماع المنقول من الصحابة والافلا يلزم من العجز عن الزام سقوطه شرعا بل انما  
يلزم سقوط الخطاب به مادام العجز عن الزام ثابتا فاذا ثبتت القسوة تعلق خطاب الزام كافي قوله الشافعي  
لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة مقيدة بما ذكرنا كان ذلك أصلا ثم عارضه ردة الاجماع المذكور  
اذ عرفت هذا فيقول أبو يوسف الحاق التأويل القاسد بالصحيح بقول الصحابة كان في دفع الضمان والحاجة  
هنا الى اثبات الاستحقاق فالخاتبة بلادليل وهما يقولان المتخفق من الصحابة جعل تلك المنفعة والاعتقاد دافعا  
ما لولا ثبت لثبوت أسباب الثبوت ألا ترى أنه لو لا تلك المنفعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل  
عداوا تلاف لمال المعصوم فيتناول مانع فيه فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث فائقة والقتل بغير حق  
مانع وجد عن اعتقاد الحقيقة مع المنفعة فنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث (تأويله) ويكره  
بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عسا كرههم لانه اعانة على المعصية وليس يبيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن  
لم يعرف من أهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيعه بنفس السلاح) لانه يقا تل  
بعينه (لما لا يقا تل به الابصنة) تحدث فيه ونظيره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها (ولا يكره  
بيع الحشب) المتخذة هي منه (وعلى هذا يبيع الحزم) لا يصح ويصح بيع العنب والفرق في ذلك كله ما ذكرنا

الحشب (قوله الآن من شرطه) أي من شرط الارث أن يكون مصرا على دعواه فاذا جرح فقد بطلت ديانتها  
قبل استيفاء حقه فبطل واذا قال كنت على الباطل اتنى الدافع وهو التأويل القاسد فيجب الضمان فيعزم  
عن الميراث (قوله لانه اعانة على المعصية وهي حرام) لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم  
والعسوان (قوله من أهل الكوفة) والحكم في غير الكوفة أيضا كذلك الآن تعقيد الكوفة باعتبار أن  
البغاة خرجوا فيها أولا (قوله ما لا يقا تل به الابصنة) كالخديد (قوله وعلى هذا الحزم مع العنب) يعني لا يكره  
بيع العنب ممن يجعله خرا اذا العنب ليس بألة المعصية وانما يصير بعد صير وزنه خرا أما السلاح فانه آلة

قوله (ولا التزام لاعتقاد  
الاباحة) يعني أن الباغي  
اعتقدا باحة أموال العادل  
بان العادل عصي الله ورسوله  
ولم يعمل بموجب الحشب  
وقوله (وله ما فيه) أي لابي  
حنيفة ومحمد رضي الله  
عنهما في قتل الباغي  
العادل وقوله (فيعتبر  
القاسد) أي يعتبر التأويل  
القاسد في دفع الحرمان  
وقوله (لم يوجد الدافع) أي  
التأويل الدافع للضمان  
وقوله (وليس يبيعه بالكوفة)  
تعقيد الكوفة باعتبار أن  
البغاة خرجوا فيها أولا  
فالحكم في غيرها كذلك  
وقوله (الابصنة) به يريد  
الخديد لانه انما يصير سلاحا  
بفعل غيره فلا ينسب اليه  
(لا ترى أنه يكره بيع  
المعازف) قيل جرح معزف  
ضرب من الطنابير يتخذ  
أهل اليمن (ولا يكره بيع  
الحشب) لانه انما يصير  
معزفا بفعل غيره قوله (وعلى  
هذا يبيع الحزم مع العنب)  
أي لا يجوز بيع الحزم ويجوز  
بيع العنب والفرق لابي  
حنيفة رضي الله عنه بين  
كراهة بيع السلاح من  
أهل الفتنة وعدم كراهة  
بيع العنب ممن يتخذ خرا  
سياتي في باب الكراهة ان  
شاء الله تعالى والله سبحانه  
وتعالى أعلم بالصواب واليه  
المرجع والمآب

وقيل الفرق الصحيح أن الضرر هنا يرجع إلى العامة وهناك يرجع إلى الخاصة ذكره في الفوائد الظهريّة  
 \* (فروع) \* إذا طلب أهل البني الموادة أجيبوا اليه إذا كان خيرا للمسلمين لأن المسلمين قد يحتاجون  
 إلى الموادة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوى عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لأنهم مسلمون ومثله في  
 المرتدين إلا أنهم إذا أخذوا ملكوا ثم يجبرون على الإسلام وإذا ناب أهل البني تقدم أنهم لا يضمنون ما تلفوا  
 وفي المبوط روى عن محمد قال أفتهم بأن يضمنوا ما تلفوا من النفوس والأموال ولا ألزمهم بذلك في الحكم  
 قال شمس الأئمة وهذا صحيح لأنهم كانوا معتقدين بالإسلام وقد ظهر لهم خطوهم إلا أن ولاية الإلزام كانت  
 منقطعة بالمنفعة فيعتوبه ولو استعان أهل البني بأهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما أن  
 هذا الفعل من أهل البني ليس نقضا للأيمان فالذين انضموا إليهم من أهل الذمة لم يخرجوا من أن يكونوا  
 ماترئين حكم الإسلام في المعاملات وأن يكونوا من أهل الدار في حكمهم حكم البغاة وإذا وقعت الموادة فاعطى  
 كل فريق رهنا على أن أيهما غدر يقتل الآخرون الرهن فغدر أهل البني وقتلوا الرهن لا يحل لأهل العدل  
 قتل الرهن بل يجسبونهم حتى يهلك أهل البني أو يتوبوا لأنهم صاروا آمنين بالموادة أو باعطائنا الأمان  
 لهم حين أخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يؤخذون به لكنهم يجسبون بخافة أن يرجعوا إلى فتنهم وكذا  
 إذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار جبر رهنهم حتى يسلموا فإن أبوا جعلوا ذمة ووضع عليهم الجزية  
 لأنهم حصلوا في أيدينا آمنين وحتى أن المنصور كان ابتلى به مع أهل الموصل ثم أنهم عدر وافقتلوا رهنه فجمع  
 العلماء يستشيرهم فقالوا يقتلون كثر طوا على أنفسهم وفيهم أبو حنيفة كت فقال له ما تقول قال ليس لك  
 ذلك فانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر  
 أخرى فاعلف عليه القول وأمر بأخراجه من عنده وقال ما دعوتك لشيء إلا تبتني بما أكره ثم جمعهم من الغد  
 وقال قد تبين لي أن الصواب ما قلت فإذا انصنع بهم قال سل العلماء فساء لهم فقالوا لا علم لنا قال أبو حنيفة توضع  
 عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لأنهم رضوا بالمقام في دارنا على التأييد والكفر إذا رضى بذلك  
 توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر إليه وإذا أمن رجل من أهل العدل رجلا من أهل البني جاز أمانه  
 لأنه ليس أعلى شقا من الكافر وهما لا يجوز فكذا هنا ولأنه قد يحتاج إلى مناظرته ليتوب ولا يتأتى ذلك  
 ما لم يأمن كل من الآخر ومنه أن يقول لا بأس عليك ولا يجوز أمان الذي إذا كان يقاتل مع أهل البني ولو  
 ظهر أهل البني على بلد فولوا فيه قاضيا من أهله ليس من أهل البني صرح عليه أن يقيم الحدود والحكم بين  
 الناس بالعدل فإن كتب هذا القاضي كتابا إلى قاضي أهل العدل بحق لرجل من أهل مصره بشهادة من شهد  
 عنده أن كان القاضي يعرفهم وليسوا من أهل البني أحازه وان كانوا من أهل البني أولا يعرفهم لا يعمل به  
 لأن الغالب فيمن يسكن عندهم أنه منهم ولا يقبل قاضي أهل العدل كتاب قاضي أهل البني لأنهم فسقوا ويكره  
 أخذ رؤسهم فيطاف بهم في الآفاق لأنه مثله وجوز به بعض المتأخرين إذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل  
 أو كسر شوكتهم ويكره للعدل قتل أبيه أو أخيه من أهل البني بخلاف أخيه الكافر فإنه لا يكره لأنه اجتمع  
 في الباغى حرمة الإسلام وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة القرابة فقط وإذا كان رجل من أهل العدل  
 في صف أهل البني فقتله رجل من أهل العدل لم يكن عليه فيه دية كولو كان في صف أهل الحرب لأنه أهدر دمه  
 حين وقف في صفهم ولو دخل باغ بأمان فقتله عادل عليه الدية كولو قتل المسلم مستأمن في دار ما وهذا البقاء شبهة  
 الاباحة في دمه وإذا جمل العادل على الباغى فقال ثبت وألقى السلاح كف عنه وكذا لو قال كف عني حتى أنظر  
 على أقرب وألقى السلاح ومالم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله ومتى ألقاه كف عنه بخلاف الجري  
 لا يلزمه الكف عنه بالقائه سلاح ولو غلب أهل البني على بلد فقاتلهم آخرون من أهل البني فأرادوا أن  
 يسبوا ذراري أهل المدينة فوجب على أهل البلد أن يقاتلوا وذرايرهم لأنهم لا ينسبون فوجب قتالهم وإذا  
 دأب أهل البني قوم من أهل الحرب لا يحل لأهل العدل غزاهم لأنهم مسلمون وأمان المسلم إذا كان في منعة

الفتنه في الحال فيكره بيعه لمن يعرف بالفتنة والله تعالى أعلم بالصواب

## \* (كتاب اللقيط) \*

لما كان في الالتقاط دفع الهلاك عن نفس الملتقط ذكره عقيب الجهاد الذي فيه دفع الهلاك عن نفس عامة المسلمين واللقيط اسم لشئ منبوذ فعيل بمعنى مفعول كالجريح وفي الشريعة اسم لحى مولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرار من نعمة الزنا مضيه آثم ومحرزه غائم لان فيه احياء وقد قال تعالى ومن احياءا فكأنما احياء الناس جميعا فاذا كان بمعنى المفعول كان تسمية الشئ باسم ما يؤل اليه لماله يلتقط وهو حراى في جميع أحكامه حتى ان قاذفه يحدوقاذف أمه لا يحد كذا في شرح الطحاوى وقوله (لان الاصل في بنى آدم الحر به) لانهم من آدم وحواء وهما حوران وازن انما هو لعارض الكفر على ما تقدم والاصل عدم العارض ولان الحكم للغالب والغالب فيمن يسكن بلاد الاسلام الحرية وقوله (هو المروى عن عمرو على رضى الله عنهما) روى عن على رضى الله عنه أنه قال اللقيط حر وعقوله وولاه للمسلمين وعن عمرو رضى الله عنه مثله

## \* (كتاب اللقيط) \*

(قوله واللقيط اسم لشئ منبوذ الخ) أقول لان من حيث انه منبوذ بل من حيث انه سلبا

## \* (كتاب اللقيط) \*

اللقيط سمي به باعتبار ما له لما أنه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال (اللقيط حر) لان الاصل في بنى آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب (ونفقته في بيت المال) هو المروى عن عمرو على

نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا لايحل لاحد من اهل العدل أن يشتري منهم ولو ظهر اهل البغي على اهل العدل فالجوههم الى دار الشرك لم يحل لهم أن يقاتلوا البغاة مع اهل الشرك لان حكم اهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم أن يستعينوا باهل الشرك على اهل البغي اذا كان حكم اهل الشرك هو الظاهر ولا باس بان يستعين اهل العدل بالبغاة والذين على الخوارج اذا كان حكم اهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم يقوم منهم أو من اهل الذمة كاستعانة عليهم بالسكاب واذا ولي البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه فقاضى ما شاء ثم ظهر اهل العدل فرفضت أفضيته الى قاضى اهل العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قصاه رأى بعض المجتهدين لان قضاء القاضى في المجتهدات نافذ وان كان مخالفا لرأى قاضى العدل ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهر عليهم سبينا اهل الحرب ولا تكون استعانة البغاة بهم أمانا منهم لهم حتى يلزمنا تأمينهم على ما قد متلانا المستامن من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهو لاه مادخلوا الا ليقاتلوا المسلمين

## \* (كتاب اللقيط) \*

أعقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال تصير عرضة للفوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال واللقيط لغة ما يلقط أى يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول سمي به الولد المطروح خوفا من العيلة أو من نعمة الزنا به باعتبار ما له اليه لانه آيل الى أن يلقط في العادة كقتيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيل لاله سلبه (والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احياء نفس مسلمة) اذ لم يغلب على الظن ضياعه (فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا) وقول الشافعي وباقي الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف هلا كه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف نعم اذا غلب على الظن ضياعه أو هلا كه فكيف قالوا وهو المراد بالوجوب الذى ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلا كه مجمع عليه والثابت الزامه بقطعي فرض (قوله اللقيط حر ولو كان الملتقط عبدا) أى في جميع أحكامه حتى يحدوقاذفه والحياء عليه كالجنانية على الاحرار ولا يحدوقاذف أمه لانا نعلم حريته ولا يقيم الحسد مع احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية (لان الاصل في بنى آدم الحرية) لانهم أولاد خيبر المسلمين آدم وحواء وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فالم يتيقن بالعارض لا يحكم به (وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب) والغالب في جميع أقطار الدنيا الاحرار (قوله ونفقته في بيت المال) أى اذ لم يكن له مال وهذا بخلاف وأصله ما روى مالك في الموطأ عن سنين أبي جيلة رجل من بنى سليم أنه وجد منبذاً في زمن عمر بن الخطاب قال فبنت به الى عمر فقال ما حلك على أخذ هذه النسمة فقال

## \* (كتاب اللقيط) \*

هو في اللغة ما يلقط أى يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول ثم غلب على الصبي المنبوذ لانه على عرض أن يلقط وهو من باب وصف الشئ بالصفة المشارفة مثل من قتل قتيل لاله سلبه وفي الشريعة اسم لمولود طرحه أهله خوفا من العيلة أو فرار من نعمة الزنا مضيه آثم ومحرزه غائم لما في احرازه من احياء النفس فانه على شرف لهلاك و احياء الحى يدفع سبب الهلاك عنه قال الله تعالى ومن احياءا فكأنما احيى الناس جميعا ولهذا كان رقة فضل من تركه لما في تركه من ترك الترحم على الصغار قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفي رفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من أفضل الاعمال فلهذا ذنب التقاط اللقيط ووجب ان غلب على ظنه ضياعه (قوله ولان الحكم للغالب) أى يكون جرابا اعتبارا الغلبة لان الغالب فيمن

وقوله (والخراج بالضمان)

أى له غنمه وغلته غمره كغلة  
العبد المغيب المشتري قبل  
الرد لانه قبل الرد في ضمانه  
يقول خراج غلامه اذا اتفقا  
على ضريبة يؤديه اليه في  
وقت معلوم وقوله (فيه)  
أى في بيت المال ويقال بوجع  
الرجل ووجع البطن والضم  
اذا فصل على اقرانه ومنه  
يقال للمتفضل المتبرع  
وقوله (الا أن يامر  
القاضي به ليكون ديناً  
عليه لعموم الولاية) في  
قوله ليكون ديناً عليه إشارة  
الى أنه انما يصير ديناً  
اذا قال ذلك ومن أعجبنا  
من قال بمجرد أمر القاضي  
بالانفاق عليه يكفي ولا يشترط  
أن يقول على أن يكون  
ذلك ديناً عليه لان أمر  
القاضي نافذ عليه كإمره  
بنفسه أن لو كان من أهله  
ولو كان من أهله وأمر  
غيره بالانفاق عليه كان  
ما ينفق ديناً عليه فكذا اذا  
أمره القاضي والأصح أن  
لا يرجع مالم يقل القاضي  
ذلك لان مطلقه محتمل قد  
يكون للحث والترغيب في  
اتمام ما شرع فيه من التبرع  
وانما يؤزل هذا الاحتمال  
اذا شرط أن يكوى ديناً عليه

(قوله لان أمر القاضي الى  
قوله كان ما ينفق عليه ديناً)  
أقول يعنى ان أمر القاضي  
نافذ على الاقط كالأقط  
بنفسه ان لو كان الاقط من  
أهل الامر ولو كان من أهل  
الامر الخ

ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذى لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه لبيت المال  
والخراج بالضمان وهذا كانت جنيته فيه والمصلحة متبرع فى الانفاق عليه لعدم الولاية الآن يامر القاضى  
به ليكون ديناً عليه لعموم الولاية قال (فان التلقه رجب لم يكن اغيره أن يأخذه منه) لانه ثبت حق الحفظ  
له لسبق يده (فان ادعى مدع أنه ابنه فالقول

وحدثنا ضائعة فاخذتها فقال له عريضة يا أمير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر  
وعلىنا نفقته وعن مالك واه الشافعى في مسنده وقال البيهقى وغير الشافعى يرويه عن مالك ويقول فيه وعلىنا  
نفقته من بيت المال انتهى وكذلك واه عبد الرزاق قال أنبأنا مالك عن ابن شهاب حدثنى أبو جيلة أنه وجد  
منبوا على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فأتاه به فأنهم عمر رضى الله عنه فأتى عليه خبر اقبال عمر رضى  
الله عنه هو حر وولاه ذلك ونفقته من بيت المال ونفقة عمر دل عليها ما فى رواية محمد بن حنفية فى حديث أبي جيلة أنه  
قال له عسى الغو برأبوسا وهو مثل ما يكون ظاهره خلاف باطنه وأول من قاله الزبارة وما قيل فيه دليل على  
أن المصلحة ينبغي أن يأتى به الى الامام أو لا ليس بل لازم نعم من لم يتبرع بالانفاق وقصد أن ينفق عليه من بيت  
المال كما فعل أبو جيلة يحتاج أن يأتى به اليه واذا جاء به الى الامام لا يصدقه فيخرج من بيت المال نفقته الآن  
يقيم بينة على الالتقاط لانه عساه ابنه ولذا قال عمر رضى الله عنه عسى الغو برأبوسا والوجه أنه لا يتوقف على  
البينة بل ما يرجح صدقه ألا ترى أن عمر لما قال عريضة انه رجل صالح اتفق عليه فان هذه البينة ليست على  
أوضاع البينات فانهم سالم نقيم على خصم حاضر وانما كانت ليرجع صدقه فى اخباره بالالتقاط ولذا قال فى  
المبسوط هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحلال مقبولة وان لم تكن على خصم قال الواقدي وحدثنى محمد  
ابن عبد الله بن أخى الزهرى عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال كان عمر اذا أتى بليقطة فرض له ما يصح له رزقا  
يأخذه وليه كل شهر وروى به خبرا ويجعل رضاءه فى بيت المال ونفقته وروى عبد الرزاق حدثنا شعبة  
الثورى عن زهير بن أبى ثابت عن ذهل بن أوس عن عيسى بن عبيد بن ربيعة عن أبيه عن علي بن رضى الله عنه قال حقه  
على علي ماله (ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة) أعني أنه لا يجب نفقته عليهم فكأن بيت المال  
(كالمقعد الذى لا مال له) ولان ميراثه لبيت المال (والخراج بالضمان) أى لبيت المال غنمه أى ميراثه رديته  
حتى لو وجد الاقط قبلا فى محلة كان على أهل تلك المحلة دية لبيت المال وعلهم القسامة وكذا اذا قتله  
المصلحة أو غيره خطأ فالدية على عاقلته لبيت المال ولو قتله عمدا فالحيار الى الامام على ما تقدم فى مثله نعليه غمره  
(ولهذا كانت جنيته فى بيت المال) وبدأ بمحمد رضى الله عنه محمد بن الحسن البصرى أن رجلا التقط لقطا فأتى  
به عليا رضى الله عنه فقال هو حر ولان أكون وايت من أمره مثل الذى وليت منه أحب الى من كذا وكذا  
فخرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية امة وهى الامامة لانه لا ينبغي للامام أن يأخذه من المصلحة الاسباب  
يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو أحق به (قوله والمصلحة متبرع فى الانفاق عليه لعدم ولايته) على أن يلحقه  
الدين اير جمع عليه اذا كبروا كتسب (الآن يامر القاضى به ليكون ديناً عليه) يعنى بهذا القيد بان  
يقول أنفق عليه ويكون ذلك ديناً عليه وظاهر الحصر المذكور فى قوله الآن يامر الى آخره يفيد أنه لو أمره  
ولم يقل ليكون ديناً عليه لا يرجع عما أنفق وهو كذلك فى الأصح لان طلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهرا  
ترغيبه فى اتمام الاحتمال ونحوه فى الثواب وقيل بوجبه الى جوع لان أمر القاضي كالأقط بنفسه اذا  
كان كبيرا (لعموم ولاية القاضي) فاذا أنفق بالامر الذى يصير ديناً عليه فبلغ فادعى أنه أنفق عليه كذا فان  
صدقه القبط يرجع به وان كذب فالقول قول القبط وعلى المصلحة البينة (قوله فان ادعى مدع أنه ابنه فالقول

يسكن فى دار الاسلام الاحرار (قوله والخراج بالضمان) الخراج ما يخرج من غلة الارض أو الغلام ومنه  
الخراج بالضمان أى الغلة بسبب ان ضمانه والمراد هنا أن ميراثه لبيت المال بسبب ان ضمان بيت المال مؤنثة  
(قوله ولهذا) أى ولان بيت المال ضمن مؤنثته كانت جنيته فى بيت المال فنكون نفقته فيه (قوله الآن  
يامر القاضى به ليكون ديناً عليه) لعموم الولاية فينشد رجع لان للقاضى ولاية عامة فصار أمر القاضي

وقوله (معناه اذ لم يدع الملتقط نسبته) يعني اذا ادعاه الملتقط ورجل آخر الملتقط اولى لانهم استويا في الدعوى ولا حدهما يد فكان صاحب البد اولى وقوله (ثم قيل يصح في حقه) أي (٣١٤) في حق النسب وقيل يثبت عليه بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق

بقوله (ولو ادعاه الملتقط) أي (ولو ادعى الملتقط نسب القبط وقال هو ابني بعد ما قال انه لقيط قبل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه حق احدث ولا منازع له في ذلك (والاصح انه على القياس والاستحسان) أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كافي دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط وجه القياس في دعوى غير الملتقط هو تضمن ابطال حق الملتقط فلذلك لم يصح بدعواه وجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض قوله بانه لما زعم انه لقيط كان نافيًا بنسبه لان ابنه لا يكون لقيط في يده ثم ادعى انه ابنه فكان مناقضا وفي الاستحسان تصح دعواه لان هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفيته ويجب عليه ان يحفظه فهو في هذا الاقرار يكتسب له ما ينفعه وبالاتقاط يثبت له هذه الولاية وقوله (انه متناقض) قلنا نعم ولكن فيما طرقة الخفاء قد يشبهه على الناس حال

وقوله (معناه اذ لم يدع الملتقط نسبته) يعني اذا ادعاه الملتقط ورجل آخر الملتقط اولى لانهم استويا في الدعوى ولا حدهما يد فكان صاحب البد اولى وقوله (ثم قيل يصح في حقه) أي (٣١٤) في حق النسب وقيل يثبت عليه بطلان يده لان من ضرورة ثبوت النسب ان يكون هو احق بقوله (ولو ادعاه الملتقط) أي (ولو ادعى الملتقط نسب القبط وقال هو ابني بعد ما قال انه لقيط قبل يصح قياسا واستحسانا لانه لم يبطل بدعواه حق احدث ولا منازع له في ذلك (والاصح انه على القياس والاستحسان) أي على اختلاف حكم القياس مع حكم الاستحسان يعني في القياس لا يصح وفي الاستحسان يصح كافي دعوى غير الملتقط لكن وجه القياس ههنا غير وجه القياس في دعوى غير الملتقط وجه القياس في دعوى غير الملتقط هو تضمن ابطال حق الملتقط فلذلك لم يصح بدعواه وجه القياس في دعوى الملتقط هو تناقض قوله بانه لما زعم انه لقيط كان نافيًا بنسبه لان ابنه لا يكون لقيط في يده ثم ادعى انه ابنه فكان مناقضا وفي الاستحسان تصح دعواه لان هذا اقرار على نفسه من وجه حيث يلزمه نفيته ويجب عليه ان يحفظه فهو في هذا الاقرار يكتسب له ما ينفعه وبالاتقاط يثبت له هذه الولاية وقوله (انه متناقض) قلنا نعم ولكن فيما طرقة الخفاء قد يشبهه على الناس حال

وقوله (ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف (معناه اذ لم يدع الملتقط نسبه) يعني سابقا له دعوى المدعي أو مقارنا أما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج اولى وان ادعياه مع الملتقط اولى ولو كان ذميا والخارج مسلم الاستواء ما في الدعوى ولا حدهما يد فكان صاحب البد اولى وهو الذي وبحكم بالسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسانا والقياس ان لا يثبت الابنية لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولد الثابت لعامة المسلمين (وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب) ويتأذى بانقطاعه اذ يعبر به ويحصل له من يقوم بترتيبه وموته راغبيا في ذلك غير متمن به ويد الملتقط ما اعتبره لا يحصل له هذه الاثار ولا لاستحقاق مالك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنًا مترتبًا على وجوب ابطال هذا النفع اليه لان الاب احق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم ان عند البعض ثبت بنسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشئ وأما ثبوت النسب في دعوى ذي البد (فقل يصح قياسا واستحسانا) أي ليس فيه قياس مخالف والصحيح أنهم ما أيضا فيه لان وجه القياس فيه غير في دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعواه وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى انه لقط كان نافيًا بنسبه فلما ادعاه تناقض وجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضري في دعوى النسب لانه مما يخفى ثم ينال وجهه وهذا معنى ما في الاصل الذي أحال المصنف عليه (ولو ادعاه اثنان) خارجان معًا (ووصف أحدهما علامة في جسده) فطابق (فهو اولى به) من الآخر الان يقسم الآخر البيعة فيقدم على ذي العلامة أو كان مسلمًا وذو العلامة ذمي فيقدم المسلم ولو أقام البيعة وأحدهما ذمي كان ابنا للمسلم (ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما الاستواء ما في سبب الاستحقاق)

كأمره بنفسه لو كان من أهل الأمر هذا إذا أمره بالاتفاق ايرجع عليه بان يقول أنفق عليه على أن يكون ذلك دينًا عليه فان أمره بالاتفاق عليه فقط قبل رجوع الما بيننا والاصح أن لا يرجع لان مطلقه يحتمل الحسبة والاستدانة عليه فلا يرجع عليه بالاشك (قوله والاصح انه على القياس والاستحسان) الا أن هذا قياس آخر سوى الاول وجه القياس أنه مناقض في كلامه لانه زعم أنه لقيط في يده وابنه لا يكون لقيط في يده ووجه الاستحسان أنه يلتزم حفظه ونفقه به هذا الاقرار وهذا الالتزام تصرف منه على نفسه وله هذه الولاية التناقض لا يمنع دعوى النسب كما إذا كذب الملا عن نفسه وهذا لان سببه خفي فرمى بشبهه عليه الامر في الابتداء فيظن أنه لقيط ثم يظهر له أنه ولده وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو اولى به اذ العلامة أصل في الشريعة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال الله تعالى ان كان قبصه قدم من قبل الآية وكذا لو سبقت دعوة أحدهما الا اذا أقام الآخر البيعة لترجع دعواه بالبيعة (قوله في السبب) وهو الدعوة (قوله

أقوى

كذب نفسه

ولده الصغير وهو يظن أنه لقيط ثم يبين بعد ذلك أنه ولده والتناقض لا يمنع ثبوت النسب كاللاعن اذا كذب نفسه (وان ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو اولى به) أي يجب على الملتقط أن يدفع القبط الى الذي وصف علامة في جسده وأصاب فيوصفه لان الواصف اولى بذلك الاية طافا قسلا ما الفرق بين القبط واللقطة فان اللقطة اذا تنازع فيها اثنان ووصف أحدهما وأصاب



ولم يصف الاخر فانه لا يقضى لصاحب الوصف بل اذا انفرد الوصف يحل للمناظر أن يدفعها اليه ولا يلزمه وهاهنا يلزم أجيب بان الفرق بينهما هو أن الإصابة بوصف أمر محتمل لا يقضى له أصاب لانه لا يرى في (٢٤٥) بدعيه والمحتمل لا يصلح بما لا يستحق

على الغير لكنه يصلح مرجحاً  
لسبب الاستحقاق كالبدعي  
دعوى التنازع اذا ثبت هذا  
فنقول في فصل الاقطاق وهو  
ما هو سبب الاستحقاق وهو  
الدعوة لانها سبب الاستحقاق

في حق الاقطاق الا ترى أنه  
لو انفرد بدعي الاقطاق  
قضى له به كالأفام البيضة  
فيعتبر الوصف ليرجى سبب  
الاستحقاق وأما في القطعة  
فالدعوى ليست بسبب  
الاستحقاق حتى يرجع  
بالوصف فلو اعتبر الوصف  
اعتبر لاصل الاستحقاق  
والوصف لا يرفع سببه  
فاfterا قوله (وان وجدنا  
مصر من أمصار المسلمين)  
على ما ذكره في الكتاب  
ظاهر وقال في النهاية  
والمسئلة في الحاصل على  
أربعة أوجه أحدها أن  
يجده مسلم في مكان  
المسلمين كالسجد ونحوه  
فيكون يحكموا به بالاسلام  
والثاني أن يجده كافر في  
مكان أهل الكفر كالبيعة  
والكنيسة فيكون يحكموا  
له بالكفر لا يصلي عليه اذا  
مات والثالث ان يجده كافر  
في مكان المسلمين والرابع  
ان يجده مسلم في مكان  
الكافرين في هذين  
الفصلين اختلفت الرواية  
ففي كتاب الاقطاق يقول  
العبرة للمكان في الفصلين

أقوى (واذا وجد في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراها م فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً) وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو بضرة فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره (وان وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة كان ذمياً) وهذا الجواب فيما اذا كان الواحد ذمياً واية واحدة وان كان الواحد مسلماً في هذا المكان أو ذمياً في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه في رواية كتاب الاقطاق اعتبر المكان لسببه

وهو الدعوى وكذلك اقاموا هم مسلمون ولو كان دعوة أحد هما سبباً على الأخرى كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لشبهته في وقت لا منازع له فيه وانما قدم ذوا العلامة للترجيح بما بعد ثبوت سبب الاستحقاق بينهما ما هو دعوى كل منهما بخلاف ما لو ادعى اثنان هيناً في ثالث وذكر أحدهما علامة لا يقيد بشياً وكذا في دعوى الاقطاق لا يجب الدفع بالوصف لان سبب الاستحقاق هناك ليس بمجرد الدعوى بل البيعة فلو قضى له لكان اثبات الاستحقاق ابتداء بالسلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح أحد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان فاقام أحدهما البيعة انه كان في بدعيه قبل ذلك كان أحق به لظهور تقدم اليد وكما لم يترجى دعوى واحد من المدعين يكون ابناً لهما وعند الشافعي يرجع الى افاقة على ما قدمنا في باب الاستيلاء ولا يلحق باكثر من اثنين عند أبي يوسف وهو رواية عن أحد وعنده محمد لا يلحق باكثر من ثلاثين في شرح الطحاوي وان كان المدعى أكثر من اثنين فعن أبي حنيفة انه يجوز الى خمسة ولو ادعته امرأة لا يقبل الا بيعة لان فيه تحمیل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امرأة وان اقامتا البيعة فهو ابنهما عند أبي حنيفة في رواية أبي حفص وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية أبي سليمان عنه وهذا كذا في حال حياة الاقطاق فلو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لان تصديقه كان باعتبار ان الاقطاق محتاج الى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقى كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يصدق الا بيعة على ذلك (قوله واذا وجد) الاقطاق (في مصر من أمصار المسلمين أو في قرية من قراها) فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصر الكفر ثم أزعجوا ظهورنا عليه أو لا ولا بين كونه فيه كفار كثيرين أو لا (فان ادعاه ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلماً) استحساناً والقياس ان لا يثبت نسبه منه لان في ثبوت نسبه منه في الاسلام الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان (ان دعواه تضمنت) شئين (النسب وهو نفع للصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو ضرره) وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بان أحاث أمم (فصحة دعواه دعوى فيما ينفعه) من ثبوت النسب (دون ما يضره) الا اذا اقام بيعة من المسلمين على نسبه فيثبت يكون كافر او ذكراً ابن سماعة عن محمد في الرجل يلقط الاقطاق فيدعيه نصراني وعليه زى أهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك أن يكون في رقبة صليب أو عليه قميص ديباج أو وسط رأسه مجزوزاً انتهى ولا ينبغي أن يجعل قميص الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين كثيراً ما يعلونه واذا حكمنا بانه ابن ذمي وهو مسلم فيجب أن ينزع من يده اذا قارب أن يعقل الا الديان كما قلنا في الحضانة اذا كانت أمه المطلقة كافرة (قوله وان وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة) في دار الاسلام (كان ذمياً) هكذا قال القديري قال المصنف (هذا الجواب فيما اذا كان الواحد ذمياً واية واحدة فان كان مسلماً في هذا المكان) أي في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة أو كنيسة (أو كان الواحد ذمياً) لكن وجده (في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه في كتاب الاقطاق العبرة بالمكان)

واذا وجد في مصر من أمصار المسلمين الى قوله وهذا استحسان والقياس أن لا يصدق لانه حكم له بالحرية والاسلام فلو جعل ابناً للكافر بدعونه لكان تبعه في الدين فكان حكماً باطل اسلامه (قوله فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره) وليس من ضرورة رد قوله في أحد الحكمين ود في الآخر لان النسب ينقل عن جميعا وفي رواية ابن سماعة عن محمدان العبرة الواجب الفصلين جميعاً  
كذا في المبسوط

وقوله (في بعض النسخ) أي في بعض نسخ دعوى المبسوط (قوله ومن ادعى أن اللقيط عبده) ظاهر فان قيل ان البينة لا تقبل الاعلى خصم منكر ولا خصم ههنا لان الملتقط (٣١٦) ليس بولي فلا يكون خصمه أعني أعني بان الخصم هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنع عنه

وزانه أحرم عم عق بحفظه فلا يتوصل المدعى الى استحقاق يده عليه إلا بإقامة البينة فان ادعى عبده انه ثبت نسبه لانه دعواه تضمنت شيئين النسب وهو نفع لاصبي لانه يحصل له الشرف بشرف النسب والرق وهو مضرة فيثبت الاول دون الثاني لان الاول لا يستلزمه لان المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل له الحرية الظاهرة بالشك ويمكن أن يقرر بجعل كلامه دليلين على مطالبين أحدهما انه يثبت نسبه لانه ينفعه وكل ما ينفعه يثبت له والثاني انه حر لان المملوك قد تلده الحرة فلا يكون عبدا وقد تلده الامسة فيكون عبدا والظاهر في بني آدم الحرية فلا تبطل بالشك قال (والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد) اذا ادعى اللقيط الحر والعبد وهما خارجان أو المسلم والذي وهما خارجان دعوى مجردة فالحر أولى من العبد والمسلم أولى من الذي وكذلك اذا أقاما البينة ولبست احدهما أكثر اثباتا حتى لو شهد للمسلم ذميان والذي مسلمان كان للمسلم لان بيته كل واحد منهما حجة في حق الآخر وليست

وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواحد وهو وراثة ابن سماعة عن محمد لقوة اليد الأخرى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافر أو في بعض نسخ اعتبر الاسلام نظار للصغير (ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لانه حر ظاهر الآن يقيم البينة انه عبده (فان ادعى عبده انه ثبت نسبه منه) لانه ينفعه (وكان حرا) لان المملوك قد تلده الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك (والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذي) ترجيح الماهوالا نظار في حقه في الفصلين وهو ما اذا كان الواحد مسلما في نحو الكنيسة أو ذميا في غيرهما من دار الاسلام وعليه مشى القدوري ههنا لان المكان سابق والسبق من أسباب الترجيح (وفي كتاب الدعوى) اختلفت النسخ (في بعض النسخ اعتبر الواحد) في الفصلين (وهو وراثة ابن سماعة) في الفصلين لان اليد أقوى من المكان (الأخرى) ان الصبي المسيحي مع أحد الابوين الى دار الاسلام يكون كافرا حتى لا يصلي عليه اذ مات (وفي بعض نسخ أي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط) اعتبر الاسلام أي ما يصير الولد به مسلما (نظر الأعرجين) ولا ينبغي ان يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجدته كافرا في دار الاسلام أو مسلم في كنيسة كان مسلما فصارت الصورة بعافتا قمتان وهو ما اذا وجدته مسلما في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافرا في نحو كنيسة فهو كافرا واختلافيتان وهما مسلم في نحو كنيسة أو كافرا في نحو قرية للمسلمين وفي كفاية البيهقي قبل يعتبر بالسمي والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسميهم يعرف المجرمون بسميهم وفي المبسوط كالأختلاط الكفار يعني موتانا بوجاهم الفصل بالزي والعلامة ولو فقت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صينا حوله القرآن زعم انه مسلم يجب الأخذ بقوله (قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه) لان الأصل الحرية لما قدمنا (الآن يقيم بيته) لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لان الملتقط خصم لانه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول الابينة ههنا وانما قلنا هنا كى لا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بالبينة على الاوجه والفرق أن يده اعتبر لمنفعة الولد في دعوى النسب بمنفعة تفوق المنفعة التي أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال للحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وههنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضره التبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الابينة (قوله فان ادعى عبده انه ثبت نسبه منه لانه ينفعه) وكان حرا لان المملوك قد تلده الحرة فيكون الاب عبدا والولد حرا لانه يتبع أمه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقة (فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك) اذ لم تضاف ولادته الى امرأته أمة فان أضاف الى امرأته الامة ففيه خلاف بين أبي يوسف ومحمد كفي الذخيرة أن الولد حر عند محمد وأبي يوسف عبد فمحمد يقول في دعوى العبد نفع هو النسب وضر هو الرق وأحدهما ينفع عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وأبو يوسف يقول لما صدقه الشرع في ثبوت النسب يصدق فيما كان من ضرره وانه تبعاً فيحكم برقه تبعاً بخلاف الذي فانه ليس من ضرره وثبوت كفره لجواز اسلام زوجته وعلى هذا لو قال الذي انه من زوجته الزمته لا يصدق (قوله والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد) يعني اذا ادعى ما وهما خارجان لما قدمنا انه اذا كان الملتقط ذميا

الدين فولد الكافر من امرأة مسلمة ثابت النسب منه وهو مسلم (قوله وفي بعض نسخ اعتبر الاسلام نظرا للصغير) أي أيهما كان موجبا للاسلام يعتبر ذلك لان الاسلام يعلى كالمولودين كافرو مسلم وفي رواية يعتبر بزيه وعلامته كما اذا اختلط موتانا بوجاهم الكفار يعتبر بالزي والعلامة للفصل (قوله الآن يقيم البينة أنه عبده) فان قيل كيف تقبل هذه البينة ولا خصم عن اللقيط لان الملتقط ليس بولي فلا يكون

قال المصنف (لقوة اليد الأخرى الخ) أقول فيه بحث فان التبعية في الابوين الجزئية لا يلد مجردا قال المصنف (فوق تبعية الدار) أقول لان بيته وبين الابوين جزئية ولا جزئية بينه وبين المكان (قوله لانه يمنع عنه) أقول أي يمنع عن المدعى (قوله لان الاول لا يستلزمه) أقول اذ لم يستلزمه فكيف تضمنه

(وان

احدهما أكثر اثباتا فكان  
المسلم أولى وأما إذا كانت  
بينه الذي أكثر اثباتا فلا  
يعتبر الترجيح بالاسلام فلو  
ادعى الذي صبياني بدو رجل  
انه ابنه ولد على فراشه وأقام  
على ذلك شاهدين مسلمين  
وأقام عبد مسلم بينة انه  
ابنه ولد على فراشه من هذه  
الامة قضى للذي بالصبي  
ولم يترجح العبد بالاسلام  
لان بينة الذي أكثر اثباتا  
لانها تثبت النسب بجميع  
أحكامه وأما إذا كان  
التزاع بين الملتقط والخارج  
فالترجح بالبدل عن فان  
الملتقط إذا كان ذميا فهو  
أولى من المسلم الخارج  
(واذا وجد مع القبط مال  
مشتدود عليه أو على دابة  
هو عليه فهو له) وكذا  
الدابة (اعتبار الظاهر)  
لان القبط لما كان في دار  
الاسلام كان حراما أهل  
الملك فما كان معه فهو له  
ظاهر العدم اليد الثابتة  
عليه كالتقصيص الذي  
عليه فان قيل الظاهر  
يكفي للدفع للاستحقاق فلو  
ثبت الملك للقبط بهذا الظاهر  
كان الظاهر حجة مثبتة  
وليس كذلك أجيب بان  
هذا الظاهر يدفع دعوى  
الغريم (قوله ثم يصرفه  
الواجد إليه) ظاهر  
وقوله (والموجود في كل  
واحد منهما) أي من  
الملتقط والام (أحدهما)

(وان وجد مع الملتقط مال مشتدود عليه فهو له) اعتبار الظاهر وكذا إذا كان مشتدودا على دابة وهو  
عليها ما ذكرنا ثم يصرفه الواجد إليه بأسر القاضى لانه مال ضائع وللقاضى ولاية تصرف مثله اليه وقيل  
يصرفه بغير أمر القاضى لانه للقطط ظاهرا (وله ولاية الانفاق وشرا ما لا بد له منه) كالإطعام والكسوة لانه  
من الانفاق (ولا يجوز تزويج الملتقط) لانعدام سبب الولاية من القرابة والمالك والسلطنة قال (ولا تصرفه  
في مال الملتقط) اعتبارا بالام وهذا لان ولاية التصرف لثبوت المال وذلك يتحقق بالرأى الكامل والشفقة  
لوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما قال (ويجوز أن يقبض له الهبة) لانه نفع محض وهذا  
ملك الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وملكه الام وصيها قال (ويسلم في

ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه وكذا إذا ادعى الذي انه ابنه والم لم أنه عبده فهو ابن الذي لانه يفوز بالنسب  
والحر يتم الحكم بالاسلام ولا كذلك في دعوى رقه لأن يقيم بينة رقه فيكون رقا كإن الذي إذا ادعاه  
ابنائه وأقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبده محجور ذكر أنه التقط ولا بينة له على  
الانقطاع وكذبه مولاة وقال هو عبدي فالقول قول المولى لان العبد المحجور لا بد له على نفسه فإني يده كإني يد  
المولى وكذا لو أقرب عين في يده لا تخو كذبه المولى لا يصح إقراره كإقراره المولى ولو كان العبد مأذونا في  
التجارة فالقول قول العبد لان المأذون يدعى نفسه حتى صح إقراره بما في يده لغير السيد وان كذبه السيد  
فيكون الولد الذي في يده حرا لأن يقيم سيده بينة أنه عبده (قوله وإذا وجد مع الملتقط مال مشتدود عليه أو  
دابة فهو له) باختلاف (اعتبار الظاهر) أي في دفع ملك غيره عنه ثم ثبت ملكه في ذلك  
بقيام يده مع حريمه المحكوم به أو قوله (لما ذكرنا) يريد قوله اعتبار الظاهر (ثم يصرفه الواجد إليه بأسر  
القاضى لانه مال ضائع) أي لا حافظ له رماله وان كان معه فلا قدرة له على الحفظ (وللقاضى ولاية تصرف  
مثله اليه) وكذا غير الواجد بأسره والقول قوله في شفقة مثله (وقيل له تصرفه عليه بغير أمر القاضى) أيضا (لانه  
للقبط) كإحكامه (ولو وجد الانفاق عليه وشرا ما لا بد له منه من الطعام والكسوة لانه من الانفاق)  
وشرا ما لا بد منه عطف على ولاية من قوله وله ولاية الانفاق أي للواجد ولاية الانفاق وله شراء ما لا بد للقبط  
منه وبهذا قال أحد (ولا يجوز للملتقط تزويج الملتقط) واللقطة لانعدام سبب ولاية الانكاح من القرابة  
والمالك والسلطنة) وهذا بخلاف (ولا تصرف في ماله ببيع ولا شراء شي ليسحق الثمن دينه عليه لان الذي  
اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك (اعتبار بالام) فانها لا يجوز لها ذلك مع أنها ملك من  
التصرفات فلا يملك الملتقط كالنزويج عند عدم العصبية لعدم ملكه لذلك أولى (وهذا) أي عدم تصرف كل  
من الام والملتقط بالبيع ونحوه (لان ولاية التصرف انما هو لثبوت المال وذلك) انما يتحقق بالرأى الكامل  
والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما لان في الام شفقة كاملة مع قصور في الرأى وفي الملتقط رأى  
كامل مع قصور وشفقة لعدم القرابة وتظهر ما ذكر المصنف هنا ما قدم في ثبوت الخيار للصغيرة إذا بلغت وقد  
زوجها غير الأب والجد من كتاب النكاح (قوله ويجوز أن يقبض أي الملتقط (للقبط الهبة) والشفقة عليه  
لانه نفع محقق ولذا يملك الصغير بنفسه إذا كان عاقلا وملكه الام وصيها قال) القدوري ويسلم في

خصم ساعته فيما يضره قلنا الملتقط خصم له باعتبار يده لانه عنده عنده يزعم أنه أحق بحفظه لانه لقط ولا  
يتوصل المدعى إلى استحقاق يده الا باقامة البينة على رقه فلها شأن خصم ساعته (قوله فهو له اعتبار الظاهر)  
فان قيل الظاهر يكفي للدفع للاستحقاق فلو ثبت الملك للقبط بهما الظاهر كان الظاهر مثبتا للاستحقاق  
وليس له ذلك قلنا بهذا الظاهر يدفع دعوى الغير ثم الظاهر أن تكون الاملاك في يد المالك وكذا الظاهر يدل  
على أن من وضعه ومعه هذا المال لينفق عليه منه وكذا إذا كان مشتدودا أي إذا كان المال مشتدودا على  
دابة هو عليها ما ذكرنا وهو قوله اعتبار الظاهر وكذا تكون الدابة (قوله ولا يجوز تزويج الملتقط  
لانعدام سبب الولاية) فان قيل قد أحياه بالانقطاع والترتبة فوجب أن تثبت له الولاية كالعق ثبت له الولاء

لان الملتقط رأيا كاملا ولا  
شفقة له واللام شفقة كاملة  
ولا رأى لها (قوله لانه من  
باب تنقيفه) التنقيف  
تقويم المعوج بالثقاف  
وهو ميسوي به الزمخ  
ويستعار التاديب والنهذيب  
(قوله بخلاف الام لانها  
تملكه) أى تلك اتلاف  
منافعة فانها تلك استخدام  
ولدها واجارته والله أعلم  
\*(كتاب القطة)\*  
اللقيط والقطعة متقاربان  
لفظا ومعنى وخص اللقيط  
ببني آدم والقطعة بغيرهم  
للتميز بينهم او قدم الاول  
لشرف بني آدم

قال المصنف (وَبُحْرَى)  
أقول بالنصب عطف على  
قوله ان يقبض  
\* (كتاب المقامة) \*

(قوله واللقطة بغيرهم للتمييز بينهما) أقول فيه أنه إذا عكس يوجد التمييز أيضاً فلا يدل ما ذكره على التخصيص المطلوب والاولى ما في غاية البيان أن فعلة يدل على معنى النفاعل كالمسرة والمسرة والضحكة بفتح الحاء والمال المنبوذ كله يلغظ نفسه لكثرة وغيات الناس فيه وميلان الطباع اليه فسمى لقطه على الاسناد المجازي وفي المنبوذ من بني آدم ابداع القلوب عن قبوله لزوم نفقته وموته فسمى لقطاً أي ملقو طاً على سبيل التناؤل وارادة الصلاح في حاله كما سيأتي اللديغ سلباً والمهلكة مغارة انتهى

صناعة) لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال (و بؤجره) قال العبد الضعيف وهذا راية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤجر ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يكال اطلاق منافعه شبه العم بخلاف الام لانها اعم له على ما ذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

\*(كتاب المقطة)\*

صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ حاله) عن الثقات وصيانته عن الفساد ثم قال (القدوري) (ويؤاخره) لانه من التثقيف بمعنى التقويم (وفي الجامع الصغير لا يجوز أن يؤاخره ذكره في الكراهية) قال المصنف (وهو الاصح) لانه لا تلك اتلاف منافعها فلا تلك تلكها (فأشبهه المصنف بخلاف الام لانها تلك اتلاف منافعها) بالاستخدام والاعارة بلا عوض فبالعوض بالاجارة أولى \* (فروغ) \* ادعاء الملتقط عبده بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق الابينة كالخارج ولو ادعاه ذمي وأقام بيته من أهل الذمة أنه ابنه لا عبرة به لان نسبه ثبت بمجرد دعواه وأثر هذه البيينة في كونه كافرا ولا يثبت بذلك ولو وجد مسلم وكافر فتمازعا في كونه عند أحدهما قضى به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم أولى بحفظه ولانه يعلم أحكام الاسلام بخلاف الكافر وإذا بلغ اللقيط فأقر أنه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبل أن يقضى عليه بما لا يقضى به الا على الاحرار كالحمد الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبد لانه غير متهم فيه وان كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به عبدا لان فيه ابطال حكم الحاكم ولانه مكذب شرعا في ذلك فهو كمن كذب الذي أقر له بالرق ولو كانت اللقيطة امرأة فأقرت بالرق بعدما كبرت ان كان بعد النزع صح وكانت أمة للمقر له ولا تصدق في ابطال النكاح لان الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرور الحكم بوقوع انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم أقر أنه عبد فلان ولا امرأة عليه صدق وصدقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين طهر وجوبه فهو متهم في اقراره هذا وكذا اذا استدان ديناً وباع انساناً أو كفل كفالته أو وهب أو تصدق وسلم أو تبرأ أو كاتب أو اعتق ثم أقر أنه عبد فلان لا يصدق في ابطال شيء من ذلك لانه متهم وتقدم أن ميراثه لبيت المال فلو أنه والى رجلاً بعدما أدرك الملتقط أو غيره فان كان قبل أن يتأكد ولاؤه لبيت المال بان جنى جنائياً فوقع له بيت المال فلا يصح ولا ينتقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبل ذلك جاز لان ولاؤه لم يتأكد لبيت المال فله أن يوالى من شاء وصار كالذي أسلم من أهل الحرب له أن يوالى من شاء الآن يجزى في عقله بيت المال

(كتاب القطة) \*

هي فعلة بفتح العين وصف بها الغة للفاعل كهمزة وازنة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وغيره وبسكونها للمفعول كضحكة وهرة الذي يضحك منه ويرأيه وانما قيل للمال لقطعة بالفتح لان طباع النفوس في الغالب تبادر

بالاعتاق الذي هو احياء حكمنا قلنا الرقيق في صفة المالمية هالك والمعتق يحدث فيه هذا الوصف واللقب كان حياحيقة ومن أهل المالك حكمنا فلننقط لا يكون بحبياله لاحقة ولا حكمنا (قوله بخلاف الام لانها ملكه) أي تملك الام اتلاف منافعه بلا عوض بالاستخدام فبعوض الاجارة أولى وانما صرح تسليمه في حرفة لانه نافع له مطلقا لانه اذا كان مشغولا بعمل قلما يشتغل بالفساد والله تعالى أعلم

\*) (كتاب اللقطة) \*

اللقطة المال الواقع على الارض سميت بها لانها تلتقط غالباً أى تؤخذ وترفع وذكر في المبسوط اختلاف الناس فيمن وجد لقطه فالتفتش في بقع الارض ليجعل له أن يرفعها لانه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه وذلك حرام شرعاً فكل ما لا يحل له تناول مال الغير بغير إذنه لا يحل له اثبات اليد عليه بغير إذنه وبعض المتقدمين من أئمة التابعين كان يقول يحل له أن يرفعها والترك أفضل له لان صاحبها انما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع والمذهب عند علمائنا وعامة الفقهاء رجمهم الله أن يرفعها أفضل من تركها لانه لو تركها لآمن أن تصل اليها يد خائنة فيكتسبها من مال الكفا واذا أخذها هو عرفها حتى يوصلها

على اللقطة وهي الشيء الذي يجده ملقى فيأخذها أمانة (إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها أو ردها على صاحبها) لان الأخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الأفضل عند عامة العلماء رجعهم الله (قوله بل هو الأفضل عند عامة العلماء) احتراز عن قول من يقول أنه أخذ مال الغير بغير إذن صاحبه وذلك حرام شرعا وعن قول من يقول أخذه جائز وتركه أفضل لان صاحبها انما يطلبها في الموضوع الذي سقطت منه فإذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضوع (قوله وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا) والحاصل ان اللقطة عند عامة العلماء على نوعين ما يكون أخذه واجبا وهو ما إذا خاف الضياع واستدل على ذلك بقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وإذا كان وليا وجب عليه حفظه وبأن حرمت مال المسلم كحرمته ما إذا خاف على ماله الضياع وجب حفظه فكذلك إذا (٣٤٩) خاف على مال غيره وما لا يكون أخذه واجبا وهو ما إذا لم يخف الضياع

فقبل رفعه مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تنصروا على الباطل من أن يصل الينا يد خائفة فتمنعها عن مالكها وقيل تركه أفضل لما ذكرنا ان صاحبها انما يطلبها في الموضوع الذي سقطت منه والأول ظاهر المذهب (وإذا كان كذلك) أي إذا كان أخذه ما إذا نأف فيه شرعا (لا تكون مضمونة عليه) كذا في بعض الشروح وهو لا يناسب قوله وكذا إذا تصادقا والظاهر أن معناه وإذا أشهد الملتقط أنه يأخذها الخ لا تكون مضمونة عليه لأنه لم يأخذ لنفسه ويجوز أن يكون معناه وإذا كانت أمانة لا تكون مضمونة عليه وكذا إذا تصادق الملتقط والمالك أنه أخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما وصار كما إذا أقام الملتقط البينة أنه أخذها ليوصلها إلى المالك (ولو أقر)

قال (اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها أو ردها على صاحبها) لان الأخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الأفضل عند عامة العلماء وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الاستاذ أخذنا لملكه للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له

الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار أنه داع الى أخذه بمعنى نفسه كانه الكثير الالتقاط مجازا والاختصاص الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعي وابن الاعرابي انه يفتح القاف اسم للمالك أيضا فمحمول على هذا يعني يطلق على المال أيضا ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المتشعبة أنه لا يجعل له مال الغير فلا يرضع يده عليه بغير إذنه وبعض التابعين وبه قال أحمد يجعل والترك أفضل أما الحل فلانه صلى الله عليه وسلم لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل امر بغيره بفعله على ما سئل عن ربه وأسندها حتى ينزل ربه عليه وسلم من أصاب لقطة فليشهد ذاعلدا وما افضلية التملك فلان صاحبها يطلبها في المكان الذي فقد فيها ولو لم يذكر خصوص المكان فإذا تركها كل أحد فالظاهر أن يجدها صاحبها لانه لا بد عادة أن يعرف ذلك المكان مرة أخرى في غيره ولان الظاهر أن سعة وطها في أثناء الطرقات التي يمر بها أو يجلس في عادة أمره وعامة الفقهاء على انه اليه وقيدته الحماوى وغيره بما إذا كان يابن على نفسه فان كان لا يابن يتركها ولا يجوز أن تصل يدها اليها فان غلب على ظنه ذلك ان لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدله أن يضعها مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسند كره (قوله واللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها أو ردها على صاحبها لان الأخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو الأفضل) وظاهر المبسوط اشتراط عدلين الى آخره (وإذا كان كذلك) يعني إذا كان أشهدا وإذا كان أمانة بان أشهد (لا تكون مضمونة عليه) فلوها كت بغير صانع منه لا ضمان عليه وكذا إذا صدقه المالك في قوله أنه أخذها ليردها وصار تصادقهما كبيته على انه أخذها ليردها ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالاجماع وان لم يشهد وقال أخذتها للرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن وبه قال الشافعي ومالك وأحمد وفي شرح الاقطع ذكر محمد مع أبي يوسف (والقول له) مع غيره أنه أخذها ليردها لان الظاهر شاهد له إذا الى مالسكها ولانه يلتزم الامانة في رفعها والتزام أداء الامانة تعرض لنيل الثواب لانه يثاب على أداء ما يترجم من الامانة فانه يمثل فيه الامر قال الله تعالى ان الله يامركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وامتنال الامر سبب لنيل الثواب (قوله وقال أبو يوسف وجه الله القول قوله) أي مع غيره وكذا في فتاوى قاضيان رحمه الله هذا

الملتقط انه أخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الاستاذ أخذنا للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يضمن والقول قوله (أما عدم الضمان فلان الظاهر شاهد له لا اختياره الحسبة دون

(قوله واللقطة وهي الشيء الذي يجده ملقى فيأخذها أمانة) أنول كذا في المعرب ثم قوله اللقطة مبتدأ وقوله أمانة خبره (قوله كذا في بعض الشروح) أقول يعني في شرح الاتقاني (قوله وهو لا يناسب قوله وكذا إذا تصادقا الخ) أقول انما لا يكون مناسبا أن لو كان قوله وكذا إذا تصادقا عطفًا على قوله وإذا كان كذلك لا تكون مضمونة وليس ذلك بلازم فانه يجوز أن يكون عطفًا على قوله إذا أشهد الخ (قوله ويجوز أن يكون معناه الخ) أقول وعندى هذا اظهر مما ذكره قبله فعلى هذا يكون معنى قوله وكذا إذا تصادقا وكذا تكون اللقطة أمانة إذا تصادقا

لاختياره الحسبة دون المعصية وإلزامه أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئ منه وهو الأخذ  
للمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً  
لنفسه ويكفيه في الأشهاد أن يقول من سمعته يشهد لقطعة فدلوه على واحدة كانت اللقطة أو أكثر لانه  
اسم جنس قال (فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولا)

الظاهر من حال المسلم (اختياره الحسبة لا المعصية) ولأن الأخذ ما دون فيه شرعاً بقيد كونه للمالك فإذا أخذ  
لم يكن الظاهر أنه أخذه للمالك فاقبل ما في الباب أن يكون مشكوكاً في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك  
(ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئ منه وهو الأخذ للمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ  
وما ذكر أبو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر كون المتصرف عاملاً لنفسه) فإن قال كون أخذ  
المال سبباً للضمان إذا لم يكن باذن الشرع فاما بآذنه فممنوع وإذا لم يثبت أن هذا الأخذ سبب للضمان لم  
يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب أن اذن الشرع مقيد بالأشهاد  
عند الامكان على ما ذكرنا أن نفاً من روايه اسحق من أصاب لقطة فليشهد ذاعل وهذا الاختلاف فيما إذا  
أمكنه الأشهاد وإذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف أنه أن يشهد أخذه من نفسه ظالم فتركه لا يضمن بالاجماع والقول  
قوله مع عينة كوفي منعتني من الأشهاد كذا (قال ويكفيه في الأشهاد أن يقول من سمعته يشهد ضاله قد لوه  
على) أو عندي ضاله أو شيء فمن سمعته أو إلى آخره فإذا جاء صاحبها يطلبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين  
كون اللقطة (واحدة أو أكثر لانه) أي اللقطة بتأويل الملتقط (اسم جنس) ولا يجب أن يعين ذهباً أو فضة  
خصوصاً في هذا الزمان قال الحلواني أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ يقول أخذتها لاردها  
فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفي بفعل التعريف أشهاداً وقول المصنف يكفيه من الأشهاد أن يقول إلى  
آخره يفيد مثله فاقضى هذا الكلام أن يكون الأشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه  
الصلوة والسلام من أصاب ضاله فليشهد بمعناه فليعرفها ويكون قوله ذاعل ليعيد عند جحد  
المالك التعريف أي الأشهاد فإنه إذا استشهد ثم عرف بحضرة لا يقبل ما لم يكن عدلاً ولا الفاتح يعرف  
لا يقصر على ما يحضره العدول وعلى هذا فلا يفتى أبي يوسف فيما إذا لم يعرفها أصلاً حتى ادعى ضياعها  
وادعى أنها كانت عنده ليردها وأخذها كذلك وقوله هما أن اذن الشرع مقيد بالأشهاد أي بالتعريف  
فإذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعاً في الأخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن أنه أخذها لنفسه وعلى  
هذا لا يلزم الأشهاد أي التعريف وقت الأخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به أنه أخذها ليردها لأنفسه  
وحينئذ قد ذكر في ظاهر الرواية من أنه إذا أخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في  
مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لأن بالرد ظهر أنه لم يأخذها لنفسه وبه يتفق الضمان عند قيده بعض  
المشايخ بما إذا لم يذهب بها فإن ذهب بها ثم أعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهباً أولاً والوجه ظاهر المذهب  
وما ذكرنا لا ينفي وجبه التضمن بكونه مضياً عمال غيره بطرحه بعدما لم يخطه بالأخذ (قوله فإن كانت  
اللقطة أقل من عشرة عرفها أياماً) وفسرها المصنف بحسب ما يرى من الأيام من غير تفصيل وذلك أنه روى  
عن أبي حنيفة أن كانت مائتين فصاعداً عرفها حولا وإن كانت أقل من مائتين إلى عشرة عرفها شهر وإن  
كانت أقل من عشرة عرفها على حسب ما يرى وفي رواية أخرى قال فيمادون العشرة إن كانت ثلاثة  
فصاعداً يبنى إلى العشرة يعرفها عشرة أيام وإن كانت درهماً فصاعداً يعني إلى ثلاثة يعرفها ثلاثة أيام وإن

الاختلاف في الأشهاد فيما إذا أمكنه أن يشهد ما إذا لم يجد أحداً يشهد عند الرفع أو خاف أنه لو أشهد عند  
الرفع يأخذ منه الظالم فترك الأشهاد لا يكون ضامناً وإن وجد من يشهد فلم يشهد حتى جاوز ضمنه لانه ترك  
الأشهاد مع القدرة عليه (قوله واحدة كانت اللقطة أو أكثر) يعني سواء كانت اللقطة من جنس واحد أو  
من أجناس مختلفة كالذهب والفضة والثوب لأن اللقطة اسم جنس فيتناول الشكل

المعصية لأن فعل المسلم محمول  
على ما يحل له شرعاً والذي  
يحل له شرعاً الأخذ لاردها  
لنفسه فحمل مطلق فعله عليه  
وهذا الدليل الشرعي قائم مقام  
الأشهاد منقلاً ما أن القول  
قوله فلان صاحبها يدعى  
عليه سبب الضمان ووجوب  
القيمة في ذمته وهو منكر  
والقول قول المنكر مع  
عينه كقول ادعى عليه الغصب  
وقوله (ولهما أنه أقر بسبب  
الضمان) ظاهر قبل هذا  
الاختلاف في الأشهاد فيما  
إذا أمكنه أن يشهد ما إذا  
لم يجد أحداً يشهد عند  
الرفع أو خاف أنه لو أشهد  
عند الرفع أن يأخذ  
منه الظالم فترك الأشهاد  
لا يكون ضامناً بالاتفاق  
وإن وجد من يشهد فلم  
يشهد حتى جاوز ضمنه  
لانه ترك الأشهاد مع القدرة  
عليه وقوله (ويكفي في  
الأشهاد أن يقول) ظاهر

ويوجد التناسب  
والتلازم لكونه عطفاً على  
قوله اللقطة أمناً الخ وعلى  
الوجه الذي ذكره قبله  
يكون المعنى وكذا لا تكون  
مضمونة عليه إذا تصادقا  
وفي نوع تأمل (قوله قبل  
هذا الاختلاف في الأشهاد  
الخ) أقول أي في وقت انتفاء  
الأشهاد ففيه حذف مضافين

(وقوله وهذه رواية عن أبي حنيفة) يشير إلى أنها ليست ظاهرة الرواية فإن الطحاوي رحمه الله قال وإذا التقط القطة فإنه يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيساً أو خسيساً في ظاهر الرواية (وقوله كانت مائة دينار تساوي ألف درهم) يريد ما روى البخاري رحمه الله في الصحيح مسنداً إلى أبي بن كعب رضي الله عنه قال أخذت صرة مائة دينار فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجدها من يعرفها ثم أتيت ثانياً فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجدها ثم أتيت (٣٥١) ثالثاً فقال احفظ وعاءها ووكاهها

وعدها فإن جاء صاحبها والا فاستمع بها وفيه نظر لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وأقول هذا الحديث يدل على أن التعريف يكون حواسين وليس ذلك بشرط الإجماع فيكون ساقط الدلالة على

المراد (وقوله وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير إشارة إلى ما اختاره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله

(قوله لأن العبرة بعموم اللفظ الخ) أقول فإن التكررة أذا وقعت في سياق الشرط تعم على ما صرحوا به وشأن في الحديث المروي كذلك (قوله وأقول هذا الحديث الخ) أقول فيه بحث أذيجوز أن يقال للحديث دلالة على ما مر مثله في السير (قال المصنف وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس يلزم ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها) أقول قال شمس الأئمة السرخسي في مبسوطه قال أبي بن كعب رضي الله تعالى

قال العبد الضعيف وهذه رواية عن أبي حنيفة وقوله أي ما معناه على حسب ما يرى وقد رده محمد في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئاً فاعرفه سنة من غير فصل وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في القطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطاً وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجهها ففوضنا إلى رأي المبطلين به وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس يلزم ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها

كانت ذات نقاصة يعرفها أو ما وان كانت دون لهما نطق بنظر يمتد وبسيرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الأئمة شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا أخذ بالرواية التي ذكرناها قبل هذا وهو جيد وظاهر أنه انما تذكر بذلك التقديران في القليل لاجتماع أن المال في تلك التقادير لا يطلبها بعد ذلك المدد فكان المعلول عليه غلبة ظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكر محمد في الأصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي وأحد لقوله صلى الله عليه وسلم ما سذكروا وروى عن عمرو بن عبد الله بن عباس وجهه ما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئاً فاعرفه سنة من غير فصل وفيه ألفاظ منها ما رواه البراء بن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن القطة فقال لا تحل القطة فمن التقط شيئاً فاعرفه سنة ومعنى لا تحل القطة أي لا يحل ملقطها فلهذا لا يتعرض للالتقاط أنفسهم في الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القطة فقال عرفها سنة ثم اعرف عاصمها ووكاهها ثم استنقها فإن جاء صاحبها فادها إليه وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في القطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الألف شرعاً في تعلق القطع بسرقة وتعلق استحلال الفرج به (وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول) الخاقانها بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقها احتياطاً (وما دون العشرة ليس في معنى الألف شرعاً بوجه ما ففوضنا) التعريف فيها (إلى رأي المبطلين به) والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ البخاري عن أبي بن كعب قال أخذت صرة مائة دينار فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجدها ثم أتيت ثانياً فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم أجدها ثم أتيت ثالثاً فقال احفظ وعاءها ووكاهها فإن جاء صاحبها والأفاستمع بها وهذا يقتضي قصر حديث العام على حديث المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الأمر بالتعريف سنة في غير حديث مطلقاً عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره (قوله وقيل الصحيح أن شيئاً من هذه المقادير ليس يلزم) ولا التقدير بالعام (ويفوض إلى رأي المبطلين به يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها) وهذا ذكره شمس الأئمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائدة ديناراً فإنه يعرف به أن ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط أن صاحبه يتركه أولاً وهذا يختلف باختلاف خطر المال ألا ترى أن المال لما كان ذا خطر

عنه وجدت مائة دينار فأخبرت النبي عليه الصلاة والسلام قال عرفها سنة فعرفتها فلم يعرفها أحد فأخبرته فقال عليه الصلاة والسلام عرفها سنة أخرى فعرفتها ثم أخبرته فقال عرفها سنة أخرى ثم قال بعد ثلاث سنين اعرف عددها ووكاهها واخطبها بالمال فإن جاء صاحبها فادفعها إليه والا فانتفع بها فانها رزق ساقها الله اليك انتهى ثم قال وفي الحديث الذي رواه أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه دليل لما قلنا أن التقدير بالحول في التعريف ليس يلزم ولكنه يعرفها بحسب ما يطلبها صاحبها ألا ترى أن المائة دينار لما كان مالا عظيماً كيف أمره رسول الله عليه الصلاة والسلام بأن يعرفها ثلاث سنين انتهى فيفهم منه أن اللاحق يعرفها أكثر من حول عند شمس الأئمة بحسب ظنه وفي



وقوله ( كالنواة وقشور الرمان ) يعني اذا كان في مواضع مختلفة فجمعها واصر بحكم الكثرة لها قيمة فانه يجوز له الانتفاع بها لان القيمة ظهرت بالاجتماع والاجتماع حصل بصنعه ولكنه لا يملكها حتى ان صاحبها اذا وجدها في يده بعدما جمعها جاز ان يأخذها لان الانتفاع متفرق فادليل على الاذن لاعلى التملك لان التملك من الجهول لا يصح ذكره في المحيط فاما اذا كانت مجمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها الما جمعها فالظاهر انه ما القاهار قوله فان جاء ( ٣٥٢ ) صاحبها او اتصدق بها يعني ان جاء صاحبها بعد التبرع دفعها اليه ايضا لا عين

وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفتقد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجماع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطالبها كالنواة وقشور الرمان يكون القارة باحثة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبق على ملك مال الملك لان التملك من الجهول لا يصح قال ( فان جاء صاحبها او اتصدق بها ) ايضا للتحقق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند الطفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازة التصديق بها وان شاء أمسكها رجا الطفر بصاحبها قال ( فان جاء صاحبها ) يعني بعدما تصدق بها ( فهو بالخيار ان شاء أمضى الصدقة ) وله ثوابه لان التصديق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه

حقه المستحق الدفع اليه كافي ببيع الغضولي ( والا ) أي وان لم يجز فهو بالخيار ( ان شاء ) تصدق بها ايضا لعرض المستحق وهو الثواب على اعتبار اجازة التصديق بها على مستحقه ( وان شاء أمسكها رجا ) لا يفسر بصاحبها فان جاء صاحبها بعد ما تصدق به الملتقط باذن الحاكم فهو بالخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابه لان التصديق حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازة فان قيل التوقف على الاجازة يقتضي قيام المحل عندها ففي بيع الغضولي وليس يلزم حتى لو أجاز المالك بعدها كهاجحت الاجازة وأجاب بان الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما كان ماذونا في التصديق شرعا ملك الفقير بنفسه الاخذ لان التصديق من أسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة فان قيل لو ثبت الملك للفقير قبل الاجازة لما ثبت للمالك حق الاخذ اذا كان قائما في يد الفقير

كبير أمره صلى الله عليه وسلم ان يعرفه ثلاث سنين ( قوله ) وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى يخاف فبإداه فيصدق به ( قال المصنف ) ( وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها فيه وفي الجماع ) يعني الاسواق وأبواب المساجد فينادي من ضاع له شيء فليطلبه عندي واعلم ان ظاهر الامر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفا وعادة وان كان ظرفية السنة للتعريف يصدق لوقوعه مرة واحدة ولكن يجب جملة على المعتاد من أنه يفعلها وقتا بعد وقت ويكرر ذلك كما وجد مظنة وما قدمنا من قول الولوالجي مما يغيبه لا اكتفاء بالمرة الواحدة هو في دفع الضمان عنه أما الواجب فان يذكرها مرة بعد أخرى ( قوله ) وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطالبه كالنواة وقشور الرمان يكون القارة باحثة فيجوز الانتفاع بها ( الواجد ) بلا تعريف وعنه صلى الله عليه وسلم أنه رأى تمر في الطريق فقال لولا أخشى أن تكون من تمر الصدقة لا كنا ولا يعلم فيه خلاف بين العلماء ولكن ينبغي على ملك مال الملك حتى اذا وجدها في يده أخذها لان الانتفاع بها لا يتحقق من ملك مال الملك وانما القاهارها باحثة لملك ( لان التملك من الجهول لا يصح ) وذكر شيخ الاسلام أنه لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك أخذها لانها تصير ملكه بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد وفي غير موضع تفصيل هذا الجواب أعني جواز الانتفاع بها إذا كانت متفرقة فان كانت مجمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها الما جمعها فالظاهر أنه ما القاهار وأعرض عنها بل سقطت منه أو وضعها ليرفعها وعن أبي يوسف لو خوصف شاة ميتة كان له أن ينتفع به ولو وجدته صاحب الشاة في يده كان له أن يأخذ منه ولو ذبح جلداه كان لصاحبها أن يأخذ به بعد أن يعطيه ما زاد الباغ وفي الخلاصة والنفاح والكثيرى والخطب في الماء لا بأس بأخذه ( قوله ) فان جاء صاحبها أخذها واتصدق بها ( أو أكلها ) ان كان فقيرا أو استقرضها باذن الامام وينبغي ان شاء وان شاء أمسكها أبدأ حتى يجي صاحبها واذا خشي الموت يوصي بها كي لا تدخل في الموارث ثم لورثة أيضا يعرفونها ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها أن يضمنوا لانهم وضعوا أيديهم على لقطة ولم يشهدوا أي لم يعرفوا أو يغلب على الظن بذلك أن قصدهم تعميتها من صاحبها ويجري فيه خلاف أبي يوسف وسأبني الخلاف في ذلك في آخر الباب فان جاء صاحبها ( بعد التصديق فهو ) باختيار ثلاث ( ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابه لان التصديق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه ) أي باذن المالك وحصول الثواب للانسان يكون بفعله مختاره ولم يوجد ذلك ( قوله ) كالنواة وقشور الرمان ( أي في مواضع مختلفة فوجد من ذلك شيئا كثيرا فجمعها واصر بحكم الكثرة

فيتوقف

أوجب بان ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب على الرجوع بعد ثبوت الملك

المحيطة البرهان في القصة أبي جعفر كان يقول اذ بلغ ما لا عظمى ما بان كان كيس فيه ألف درهم أو مائة دينار يعرف ثلاثة أحوال وكان القاضي الامام أبو علي النسيبي يحكي عن الشيخ الامام أنه كان يروي عن محمد بن يعقوب اللقطة ثلاث سنين قل أو أكثر ( قوله ) فالظاهر انه ما القاهار ( أقول ) بل سقطت منه

المعروف به وكلمة اذا عاين دار الحرب به مسلما بعد ما قسمت أمواله بين ورثته فإنه يأخذ ما وجدته قائما بعد ثبوت المالك لهم بخلاف بيع الغضولي فإن المالك فيه للمشتري انما يثبت بعد اجازة المالك ببيع فلا بد من قيام (٣٥٣) المحل للثابت لم يلزم تملك العين المدعومة وكما

يشترط قيام المحل بشرط قيام البائع والمشتري والمالك أيضا وسيجيء تمامه في البيوع ان شاء الله تعالى وان شاء ضمن الملتقط وهو ظاهر فان قيل كيف يصح تضمينه وقد تصدق به باذن الشرع اجاب بقوله (الا أنه باباحة من جهة الشرع) يعني أن الاذن كان باباحة منه لا الزام ومثل ذلك الاذن يسقط الاثم ولا ينافي الضمان حقاً للعبد كافي تناول مال الغير حالة المخصصة (وان شاء ضمن المسكين) لما ذكره في الكتاب وهو واضح (وان كانت العين قائمة أخذها له لأنه وجد عين ماله) وحاصله أن المالك ان لم يجز الصدقة فلا يجوز اما أن تكون العين قائمة في يد الفقير أو هالكه فان كانت قائمة أخذها وان كانت هالكه فان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن الفقير وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه بشئ فان كلاً منهما ضمن بفعله الملتقط بالتسليم بغير اذن المالك والفقير بالتسليم بدونه لا يقال الفقير مغرور من جهة الملتقط فيرجع عليه لان التفرع اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئاً قال المصنف (فلا يتوقف

فيتوقف على اجازته والمالك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الغضولي اثبوت به الاجازة فيه (وان شاء ضمن الملتقط) لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد كافي تناول مال الغير حالة المخصصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائماً أخذها لانه وجد عين ماله قال

قبل لحوق الاذن والرضا قبل الاجازة والرضا يصير كانه فعل بنفسه لرضاه بذلك فان قيل كيف تلحقه الاجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون محجى المالك بعد استهلاك الفقير لها اجاب بان ذلك فيما يتوقف فيه المالك على الاجازة كما في بيع الغضولي اما هنا فالمالك يثبت قبل ذلك شرعاً لان الامر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه واذا ثبت المالك قبله او معلوم أنه مطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها اثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعاً بجاء حتى ينتقل اليه الثواب (وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه) فان قلت لكنه باذن الشرع وباحطة من قلنا الثابت من الشارع اذنه في التصديق لا يجابه (وهذا) القدر (لا ينافي) وجوب الضمان (حقاً للعبد كافي) اذنه (في تناول مال الغير عند المخصصة) والمرور في الطريق مع ثبوت الضمان فاذا اجاز أن يثبت اذنه بمقيد به كما ذكرنا وجب أن يثبت كذلك لان الاصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير اذنه (وان شاء ضمن المسكين) اذا كان المدفوع اليه (هالك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه) فان قلت اذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها باذن الشرع فكيف يسترجعها اجاب بانها لا مانع من ثبوت المالك باذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كافي الهبة والمراد الراجع من دار الحرب مسلماً بعد أخذ الورثة ماله بعد الحكم بالحق واذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم اذنه (وان كان قائماً أخذها لانه وجد عين ماله) وما نقل عن القاضي أبي جعفر من أنه انما يرجع على الملتقط اذا تصدق بغير أمر القاضي اما اذا كان بامر فلا يرجع ردوه بأنه خلاف المذهب فإنه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك أن يضمه اذا جاء فضلاً عن الملتقط المتصدق بامر وهذا لان القاضي ناظر للغيب في أموالهم حفظها الا اتلافاً فلا ينفذ من اتلافه الا ما لزمه شرعاً القيام به والتصدق

لها قسمة فلا بأس بالاتفاق بها ولكنه مبقى على ملك مالكه حتى كان له أن يأخذ من يد الملتقط وان وجدته مجتمعة لم يحل له أن يتفجع به لان الظاهر ان مالكه ما ألقاه بعد ما جمعه ولكنه سقط منه ود كر شيخ الاسلام رحمه الله في شرح كتاب الذبايح أنه ليس للمالك أن يأخذها من يده بعد ما جمعه وأخذها هو بصير ملكاً لا أخذ وكذا الجواب في النقاط السنبال وبه كان يغني الصدر الشهيد رحمه الله كذا في الذخيرة (قوله والمالك يثبت للفقير قبل الاجازة) فلا يتوقف الاجازة على قيام المحل أي قيام المحل الذي تصدق على الفقير حتى لو اجاز بعدما تلف المال في يد الفقير تصح الاجازة بخلاف اجازة بيع الغضولي فإنه يشترط فيه قيام المحل وهو المبيع لثبوت المالك فيه بعد الاجازة وهذا لان التصديق لو حصل باذن الشارع والمالك يثبت للفقير ملك لازم ولو حصل بغير اذنه لا يقع الملك للفقير قبل الاجازة كافي بيع الغضولي فاذا حصل باذن الشارع وبغير اذن المالك وفرنا على الامر من جهة ما قلنا من حيث ان التصديق حصل باذن الشرع بملك الفقير قبل الاجازة ومن حيث انه بدون اذن المالك يثبت للفقير ملك غير لازم (قوله وان شاء ضمن الملتقط) فان قيل كيف يضمه وقد تصدق باذن الشرع قلنا الشرع أباح له التصديق وما لزمه ذلك ومثل هذا الاذن مسقط للاثم عنه غير مسقط للضمان حقاً لصاحب المال كتناول المضطر مال الغير وان شاء ضمن المسكين لانه قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه فان كان قائماً أخذها لانه وجد عين ماله فهو أحق به وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر بشئ أما المسكين فلا في القبض فامل لنفسه فلا يرجع بما لحق من الضمان على غيره وأما الملتقط فلا في

(٤٥) - (فتح القدير والكفاية) - (خامس) على قيام المحل) أقول والظاهر عندى ان فاعل لا يتوقف هو الضمير الراجع الى الاجازة (قوله لان التفرع اذا لم يكن في ضمن عقد لا يوجب شيئاً) أقول لعل المراد هو عقد المعاوضة

(ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) وقال مالك والشافعي إذا وجد البقر في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع وإذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكرهية والندب إلى الترك ولنا أنها لقطعة يتوهم ضياعها فيسحب أخذها وتعرفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة (فإن أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع) لقصور ولايته عن ذمة المالك وإن أنفق بأمره كان ذلك ديناً على صاحبها لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر في الاتفاق على ما بين (وإذا رفع ذلك إلى الحاكم نظر فيه فإن كان للبهيمة منفعة آجرها وأنفق عليها من أجزائها) لأن فيه إبقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الأبق (وإن لم تكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها) إبقاء له معنى عند تعذر إبقائه صورة

وقوله (ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير) ظاهر سري ألقاط نذكرها وقوله (والاباحة) أي اباحة الأخذ وقوله (وإذا كان معها) أي مع اللقطه ما يدفع به عن نفسها يعني ما يملكها كالقصر في البقر وزيادة القوة في البعير بكمه ونفعه وكذلك في الفرس وقوله (فيقضى بالكرهية) أي كراهة الأخذ

(قوله في البعير بكمه ونفعه) أقول الكدم العض بادنى الغسم والنفع بالحاء المهملة الضرب بالرجل

ليس كذلك (قوله ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي) وأجد (إذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك أفضل وعلى هذا الخلاف الفرس) لهم (أن الأصل في أخذ مال الغير الحرمة واباحة الالتقاط مخافة الضياع وإذا كان معها ما يدفع عن نفسها) كالتقن مع القوة في البقر والفرس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والفرس (يقول) ظن (الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكرهية في الأخذ والندب إلى الترك) هذا ولكن كلامهم يقتضي أن الخلاف في جواز الأخذ وحله وهو الظاهر (ولنا أنها لقطعة يتوهم ضياعها فيسحب أخذها وتعرفها صيانة لأموال الناس كما في الشاة) لكن هذا قياس معارض بما روي أصحاب الكتب الستة كما هم عن يزيد مولى المنبعت عن زيد بن خالد الجهني قال جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطه فقال اعرف غصاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها أو الإفشاء نك بها قلت فضالة الغنم قال هي لك ولا خبيك أو للذئب وفي الصحيح قال خذها فانما هي لك ولا خبيك أو للذئب قال فضالة الأبل قال مالك ولها مع ما سقاها وحذاؤها ثم الماء وما نكل الشجر فذرها حتى يجدها روي أبو داود عن جرير بن عبد الله أنه أمر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يؤوى الضالة الاضال وقال صلى الله عليه وسلم إن ضالة المسلم حرق النار رواه الجماعة أجاب في المبسوط بأن ذلك كان اذ كان الغلبة أهل الصلاح والامانة لا تصل إليها خائفة فاذا تركها وجدها أو ما في زماننا لا يامن وصول يد خائفة إليها بعده ففي أخذها حياؤها وحفظها على صاحبها فهو أولى ومقتضاه أنه ان غلب على ظنه ذلك أن يجب الالتقاط وهذا أحق فانا نقتطع بان مقصود الشارع وصولها إلى ربها وان ذلك طريق الوصول فاذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد أقصى ما فيه أن يكون عامافي الاوقات خص منها بعض الاوقات بضرورة العقل من الدين لولم يتأيد بحديث عن عياض بن جباد أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الضالة فقال عرفها فان جاء بها والا فهي مال الله يؤتيه من يشاء فتأيد به زيادة بعد تمام الوجه (قوله فان أنفق الملتقط عليها بغير إذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك) أي عن أن يشغلها بالدين بلا أمره (وان أنفق بأمره كان ديناً عليه لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له وقد يكون النظر في الاتفاق على ما بين) الآن (فاذا رفع ذلك إلى الحاكم كان للبهيمة منفعة) وثم من يستأجرها (آجرها وأنفق عليها من أجزائها) لأن فيه إبقاء العين على ملك مالكها بالزام دين عليه وكذا يفعل بالعبد الأبق وإن لم تكن لها منفعة) أولم يجد منه من يستأجرها) وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وأمر بحفظ ثمنها إبقائه معنى عند تعذر إبقائه صورة) فإن الثمن يقوم مقام العين اذ يصل بالضممان فدل ذلك وظاهر أنه تصدق بملك نفسه فلا يرجع على المسكين بشئ (قوله وإذا كان معها) أي مع اللقطه ما يدفع به عن نفسها كالتقن في حق البقر وزيادة القوة في حق البعير بكمه ونفعه فيقضى بالكرهية أي بكرهية الأخذ

وقوله (وفي هذا نظر من الجانبين) أي من جانب المالك بإبقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على القطة وقوله (فاذا لم يظهر يامره ببيعها) قيل فاذا أمر ببيعها فبيعت أعطى القاضي من ذلك الثمن ما أنفق يامره في اليومين والثلاثين لئلا يثمن مال صاحبه والنفقة دين واجب عليه وهو معلوم للقاضي فيعينه على أخذ حقه لان الغريم اذا طفر بخمس حقه كان له أن يأخذ نصفه كان للقاضي أن يعينه على ذلك وقوله (وفي الاصل شرط اقامة البينة) يعني أن الملتقط يقيم البينة على أن هذه (٣٥٥) الدابة لقطة عنده فان قبل البينة انما تقام على المدعى عليه المنكر وليس

بوجودها أجاب بقوله (وليست تقام للقضاء) أي هذه البينة تقام لاستكشاف الحال بانه لقطة لا للقضاء على المدعى عليه وقوله (وان قال لا بينة لي) أي الملتقط قال لا بينة لي على أنها لقطة عندي ولا كنهها القطة يقول القاضي للملتقط أنفق عليها ان كنت صادقا فيها قلت وانما يقول بهذا لترديد حذر عن لزوم أحد الضررين لانه لو أمر بقطعها تضر المالك بسقوط الضمان على تقدير انعصب ولولم يامر بضرر الملتقط على تقدير القطة وقد أنفق عليها وقوله (اذا شرط القاضي الرجوع على المالك) متصل بقوله انما يرجع أي انما يرجع الملتقط على المالك اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه هي الرواية التي ذكرناها في مسائل القبط بقوله والاصح أن يامر القاضي الملتقط بالانفاق على أن يكون ديننا على القبط حينئذ يرجع على القبط والا فلا ننظر

(وان كان الاصل الاتفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة ديناً على مال كنهها) لانه نصب ناظر او في هذا نظر من الجانبين قالوا انما يامر بالانفاق يومين أو ثلاثة أيام على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مال كنهها فاذا لم يظهر يامر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رضي الله تعالى عنه وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يستعمل أن يكون غصبا في يده فلا يامر فيه بالانفاق وانما يامر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست البينة تقام للقضاء وان قال لا بينة لي يقول القاضي له أنفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها اشارة الى أنه انما يرجع على المالك بعدما حضر ولم تبيع القطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح

به الى مثله في الجملة (وان كان الاصل الاتفاق عليها اذن) له (في ذلك وجعل النفقة ديناً عليه) اذ فيه نظر من الجانبين) جانب المالك بإبقاء عين ماله وجانب الملتقط بالرجوع (قال المشايخ انما يامر بالانفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى أن يظهر مال كنهها فاذا لم يظهر يامر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة للعين معنى بل ربح ما ذهب العين ويفضل الدين على مال كنهها ولا تنافي في ذلك أصلا بل ينبغي ان لا ينفذ من القاضي ذلك لو أمر به للتيقن بعدم النظر واذا بانها أعطى الملتقط من ثمنها ما أنفق في اليومين أو الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه يعلم القاضي وصاحب الدين اذا طفر بخمس حقه كان له أن يأخذها والقاضي أن يعينه عليه ولو باعها بغير أمر القاضي لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك فان جاءه وهي قائمة في يد المشتري فان شاء أجاز البيع وان شاء أبطله وأخذها من يده وان جاءه وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لانه ملك الملتقط من حين أخذها وكان الثمن للبائع ويتصدق بمأزاد على القيمة (وفي الاصل) يعني المبسوط (يشترط البينة) فانه قال فان كان رفعها الى القاضي وأقام بينة أنه التقطها أمره أن ينفق ويصح المصنف (لانه يستعمل انه غصبها ولا يامر بالنفقة بل في الوديعة) وهذه البينة (لكشف الحال) أي ليستكشف للقاضي أنه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج الى خصم له ذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها (وان قال) الملتقط لا بينة لي يقول له أنفق عليها ان كنت صادقا وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بأن يقول أمرته بالبيع أو الانفاق ان كان الامر كما قال (وقوله في الكتاب وجعل النفقة ديناً على صاحبها) اشارة الى أنه انما يرجع (اذا شرط القاضي) ذلك (وهذا روايته وهو الاصح) وقيل يرجع بمجرد أمره وقدم في القبط

(وقوله وفي هذا نظر من الجانبين) أي من جانب المالك بإبقاء عين ماله ومن جانب الملتقط بالرجوع على المالك بما أنفق على القطة (وقوله وفي الاصل شرط اقامة البينة) أي يقيم الملتقط البينة على أن هذه الدابة لقطة عندي (وقوله وليست البينة تقام للقضاء) جواب لسؤال وهو أن يقال ان البينة لا تقبل من غير خصم حاضر ولا خصم هنا فلنا هذه بينة تقام لكشف الحال لا للقضاء والخصم في مثل هذا ليس بشرط (وقوله وهذه رواية وهو الاصح) هذه هي الرواية التي ذكرناها في مسألة القبط من المبسوط بأن الاصح أن يامر القاضي الملتقط بالانفاق على أن يكون ذلك ديناً على القبط حينئذ يرجع على القبط والا فلا ننظر وهذا احتراز عن قول بعض

احتراز عن قول بعض أصحابنا ان مجرد أمر القاضي بالانفاق عليه يكفي للرجوع (قال المصنف وكذا يفعل بالعبد الخ) أقول قال الاتقاني أي يؤجر الاتقاني في خلاصة الفتاوى لو احتاجت القطة الى النفقة ينفق يامره القاضي بالانفاق بان يؤجر العبد والثوب فينفق عليه من غلته ثم قال والعبد الضال كذلك ثم قال والابق لا يؤجر فان تناولت المدة فالاولى أن يبيعه انتهى وعمله في القبط بانه لا يامن أن يابق نائبا (قال المصنف فلا بد من البينة لكشف الحال الخ) أقول فاندفع به ما يقال البينة لا تقبل من غير خصم حاضر فان اشترط الخصم في البينة يقام للقضاء لانها تقام لكشف الحال (قوله يقول القاضي للملتقط)

قال (واذا حضر يعني

المالك) كلامه ظاهر وقوله

(لما ذكرنا) إشارة إلى

قوله لأنه حتى بنفقه يقال

نشدت الضالة أي عرفتها

وانشدها أي طلبتها

ومعنى الحديث الذي

ذكره الشافعي رحمه الله

لا تحل لقطنة مكة المنشدها

أي طابها وهو المالك

عنده والمعرف عندنا

العفاض وهو الوعاء الذي

تكون فيه النفقة من جلد

أو خرقه أو غير ذلك ولو كاه

الرباط يقال أوكى السقاء

شده بالوكاء وهو الرباط

الذي يشده بقوله (ابقاء

ملك المالك من وجهه)

يعنى من حيث تحصيل

أقول يعنى عند اثبات

(قوله إشارة إلى قوله لأنه حتى

بنفقه الخ) أقول فيه تأمل

بل هو إشارة إلى قوله كأنه

استغاد المالك من جهته) قوله

يقال نشدت الضالة أي

عرفتها) أقول في الصحاح

نشدت الضالة انشدها

نشدة ونشدا أي طلبتها

وانشدها أي عرفتها وأما

قوله أي دواء

ويصيح أحبا كما

جمع المضل لصوت ناشد

فهو والمعرف ههنا ويقال هو

الطالب لأن المضل يشتهى

أن يجده مضلا مثله ليتعزى

به اه في تقرير البشارح

قصو ولا يخفى وقوله والمعرف

عندنا لا يلائم لما سبق حيث

لم يبين في الانشاد معنى

التعريف قال المصنف (لقوله

قال (واذا حضر) يعنى (المالك) فالملتقط أن عنهما منه حتى يحضر النفقة) لأنه حتى بنفقه فصار كأنه

استغاد المالك من جهته فأشبهه المبيع وأقرب من ذلك راد الأبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم

لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس شبه

الرهن قال (ولقطنة الحل والحرم سواء) وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم إلى أن يجي صاحبها

لقوله عليه الصلاة والسلام في الحرم ولا يحل لقطنها إلا لنشد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اعرف عقاصها

ووكاهها ثم عرفها سنة من غير فصل ولا أنها القطة وفي التصديق بعد مدة التعريف بقاء ملك المالك من وجهه

(واذا حضر المالك) فالملتقط أن عنهما منه حتى يحضر النفقة لأنه حتى بنفقه فصار كأنه استغاد المالك منه

فأشبهه المبيع وأقرب من ذلك راد الأبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا) من التشبيه بالمبيع (ولا

يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس كالرهن)

من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من ماله له أن يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس

لا يسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لأنه كالرهن بعد اختيار الحبس هكذا ذكره المصنف ولم يحكم خلافه

وحافظ الدين في السكافي أيضا فيهم أنه المذهب وجعل القدر وي هذا قول زفر قال في التعريف قال أصحابنا

لو أنفق على اللقطة بامر القاضى وحبسها بالنفقة فهل تكت لم تسقط النفقة خلافا لفرلانها دين غير بدل عن

عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها أي العين عدي وجب الضمان وصرح في النبايع بعدم السقوط عن

علمائنا الثلاثة فقالوا نفي الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها بالباخذ ما أنفق عليها فهل تكت لم تسقط

النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لفرلانها وجهه المذكور في التقرير نفي الحكم أعني السقوط

لعدم دليل السقوط فإن الدين ثابت وليست العين الملتقط رهنا ليسقط بهلاكها إذ لم يتنا وإها عقد الرهن

والمصنف أوجد الدليل وهو الإلحاق بالرهن وإن لم يكن من حقيقة لكن النقل كرايت وأما ما نقل عن أبي

يوسف أنه ليس له حبسها أصلا فبلغ (قوله ولقطة الحل والحرم سواء) وبه قال مالك وأحد الشافعي في

قول وفي قول يعرفها أبدأ حتى يجي صاحبها لاحكم لها سوى ذلك من تصديق ولا تملك لقوله صلى الله عليه وسلم

نما ثبت في الصحيحين من حديث أبي هريرة رضي الله عنه لما فجع الله بمكة فقام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس

فحمد الله وأثنى عليه وقال إن الله حبس عن مكة الغنبل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما لم تحل لاحد قبلى

وانما أحلت لي ساعة من نهار وانما لا تحل لاحد بعدى لا ينقر صيدها ولا يحتل شوكها ولا تحل ساقطتها

الانشاد الحديث المنشد المعروف والناشد الطالب قال المصنف

يسخ للنبأ اسماعه \* اساخته المنشد للناشد

و يروي يصح وهو بمعناه فالفصل من الاول أنشد الضالة ينشدها وأنشدها أنشاد إذا عرفتها ومن الثاني

نشدها أنشدها أنشدا ونشدا بكسر النون إذا طلبتها (ولنا إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم) في حديث زيد

ابن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال (اعرف عقاصها) أي وعاءها من جلد أو خرقه وتنجوها

(ووكاهها) أي باطها بالذي نشدت به وتقدم فاما أن يقضى العام على الخاص وأما أن يتعارض فيجمل

أصحابنا أن مجرد أمر القاضى بالانفاق عليه يكفي للرجوع وانما قال لم تبس اللقطة لأن القاضى لو رأى

المصلحة في بيع اللقطة بعد ما أنفق الملتقط عليها يوما أو يومين فله ذلك ودين الملتقط يؤدي من ثمن اللقطة

(قوله لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه حتى بنفقه (قوله ولا تحل لقطتها إلا لنشدها) يقال أنشدت الضالة

أي عرفتها ويقال نشدتها أي طلبتها كذا في الصحاح مع معنى الحديث ولا تحل لقطتها أي لقطنة مكة إلا

لنشدها أي لطلبها وهو المالك عند الشافعي رحمه الله وعندنا المراد من المنشد المعروف وإها ذكر كرفي وإية

أخرى ولا يملك لقطنة الحرم إلا من عرفها أو التخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه باعتبار أنها للغير بآه

ظاهر أيضا ولو قال أن مال كها ذهب ظاهر فلم نخرج إلى التعريف \* العفاض الوعاء الذي تكون فيه

اللقطة من جلد أو خرقه أو غير ذلك يقال أوكى السقاء إذا شده بالوكاء وهو الرباط الذي يشده (قوله

قوله) عليه الصلاة والسلام في الحرم ولا يحل لقطتها إلا لنشدها) أقوله بمعناه على الدوام والالم تظهر فائدة التخصيص

الثواب (فبذلك كافي سائرهما) أي في سائر الالتقاط (وتأويل ما روي) من قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لقطتها إلا لمنشد لها أي لا يحل الالتقاطها إلا للتعريف فابقي ما وجه تخصيص هذا المعنى بالحرم أجاب بقوله (والخصيص بالحرم) وبيانه أن مكة شرفها الله تعالى مكان الغرباء لأن الناس يأتون إليها من كل فج عريق ثم يفرقون بحيث ينسدر الرجوع إليها فانظر انهم للغرباء لا يظنون عودهم في سنة أو أكثر فينبغي أن يسقط التعريف لعدم الفائدة فالرسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم بقوله لا يحل رفع لقطتها إلا للمعرّف كما هو الحكم في غيرهما من البلاد وقوله (لهما) أي لملك والشافعي رحمه الله حاصله أن الملتقط منازعة من وجهه دون وجهه فيكتفي (٣٥٧) في الحجة بذكر الوصف ولا يحتاج إلى إقامة البينة (ولنا إن اليد

حق مقصود كالملك) بديل وجوب الضمان في غصب المدبر باعتبار إزالته البدل عنه غير قابل للمقتل ملكا وقوله (وهذا) أي هذا الحديث الأمر فيه وهو قوله فادفعها (للإباحة) أي وجب حملها على الإباحة لأجل العمل بالمشهور) وهو قوله عليه الصلاة والسلام البيئة على الأذى واليمين على من أنكر فانه لو لم يحمل على الإباحة وحمل على الوجوب لزم التعارض المستلزم لترك وإقائل أن يقول الحل على الإباحة عملا بالمشهور يستلزم عدم جواز الرفع أيضا لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز والجواب أن الشافعي رحمه الله تعالى لم يقل بانتفاء الجواز لأن انتفاء الوجوب والمصنف رحمه الله تعالى ههنا في مقام الرفع فجاز أن يدفعه على طريق يلزمه الحكم

(قال المصنف لا يحل الالتقاط إلا للتعريف) أقول ففي الحديث حذف المضاف

(قال المصنف العلامة) أقول أي إعطاء العلامة على حذف المضاف (قوله لأن انتفاء الوجوب يستلزم انتفاء الجواز) أقول ذلك عندنا في النسخ ونحن فيه من قبيل التعارض (قوله والجواب أن الشافعي الخ) أقول وثمة أنه لا بد لنا من المخلص عن ذلك على رأينا فهو (قوله قال المصنف) وهذا بخلاف) أقول قال الاتقاني وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والأصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافا لعمليه ونفي الخلاف هنا مع اثباته في فصول القضاء كالمختلف من صاحب الهداية انتهى قال الشارح أكل الدين هذا إذا دفع اللقطة بذكر العلامة أما إذا دفعها بأقامة الحاضر البينة على أنها له ففي أخذ الكفيل عنه روايتان والصحيح أنه لا يأخذ كقيل انتهى فاندفع التناقض

فبذلك كافي سائرهما وتأويل ما روي أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف فيه لكان أنه للغرباء ظاهر (وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فان أعطى علامتها أحل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء) وقال مالك والشافعي رحمه الله تعالى يجبر والعلامة مثل أن يسمى وزن الدراهم وعددها وكاءها ووعاءها ولهما صاحب اليد ينزعه في اليد ولا ينزعه في الملك) فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجهه ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجهه ولنا أن اليد حق مقصود كمالك فلا يفتق إلا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك لأنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها وعرف عقاصها وعددها فادفعها إليه وهذا لا يباحث عملا بالمشهور كل على محمل وهو أولى لكن لا تعارض لانه معناه لا يحل الالتقاط إلا لمن يعرف ولا يحل لنفسه وتخصيص مكة حينئذ دفع وهم سقوط التعريف بها بسبب أن الظاهر أن ما وجد بها من لقطتها فظاهر أنه للغرباء وقد تفرقوا فلا يغيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر بإباحته فبين عليه الصلاة والسلام أنها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجيء صاحبها ولا عمل على هذا في هذا الزمان لغش والسرقة بمكة من حوالى الكعبة فضلا عن المروك والاحكام اذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم بثبوت ضده متضمنا مفسدة بتقدير شرعيته مع علم انتقطاعها بخلاف العلم بشرعيتها السبب اذا علم انتفاؤه ولم يفسد في البقاء فانه لا يلزم ذلك كالمثل والاضطباع في الطواف لاطهار الجلادة (قوله) وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فان أعطى علامتها أحل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك بالقضاء وعند مالك والشافعي) وأحمد (يجبر) وإعطاء علامتها أن يجبر عن وزنها وعددها وكائها ويصحب في ذلك والحاق قول الشافعي كقولنا والموجب للدفع مالك وأحمد واجتنبوا بقوله صلى الله عليه وسلم فيما أخرج مسلم في حديث أبي بن كعب عرفها فان جاء أحد بخبرك بعددها وكائها وعانها فاعطها إياها ولا فاستمع بها وأخرجها أيضا عن زيد بن خالد الجهني وفيه فان جاء صاحبها وعرف عقاصها وكاءها وعددها فاعطها إياها ولا فاعطها إياها أيضا فان صاحب اليد) وهو الملتقط (انما ينزعه في اليد لا في الملك) لانه لا بدعيه فكانت منازعته من وجهه دون وجهه فيشترط ما هو محتمل من وجهه لا من كل وجه وفي الوصف المطابق ذلك فاكثري به (ولا يشترط البينة لعدم منازعته) من الوجهين جميعا (ولنا أن اليد حق مقصود كمالك) حتى أن غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفوت غير اليسد فيكون مثله لا يستحق إلا بالبينة غير أننا أجبنا له الدفع عند إصابة العلامة بالحديث الذي روي به بناء على أن الأمر فيه للإباحة جمع بينهما وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم البيئة على المدعي واليمين على من أنكر ويأتي أن شاء الله تعالى في الدعوى والمدعي هنا صاحب اللقطة فعليه البينة ثم إذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه ولنا أن اليد حق مقصود) كمالك بديل أنه يجب الضمان في غصب المدبر باعتبار إزالته اليد لما أن المدبر غير



وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي الجديد وبأخذه منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا وهذا  
بالإخلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنده وإذا صدق قيل لا يجبر على الدفع  
كلو كيل يقبض الوديعة إذا صدقه وقيل يجبر لأن المالك هنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهر ولا يتصدق  
باللقطة على غنى لأن المأمور به هو التصديق لقوله عليه الصلاة والسلام فإن لم يأت يعنى صاحبها فليصدق به  
والصدقة لا تكون على غنى فاشبه الصدقة المفروضة

كفيل استيثاقا قال المصنف (وهذا بالإخلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنده)  
أي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيها إذا قسمت التركة بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث  
كفيل عنده وعندهما يؤخذوا الفرق لأبي حنيفة أن حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن أن يكون المالك غيره  
فجيء و يتوارى لاخذ فحطاط بالكفيل بخلاف الميراث فإن حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره أيضا له  
حق أمر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت إلى زمان تحصيل الكفيل بحق موهوم وهذا يدل على أن دفع  
الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح وذكري جامع فاضح أن فيه روايتين والصحيح أنه لا  
يأخذ وأورد على المصنف أنه نفي الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء بالوارث فيه أي في  
أخذ الكفيل عند رفع اللقطة وإثباته والأصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ وعلى قولهما يأخذ  
هذا إذا دفعه بمجرد العلامة فإن صدقه مع العلامة أو لا معها فلا شك في جواز دفعه إليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما  
لو أقام بينة وقيل لا يجبر كلو كيل يقبض الوديعة إذا صدقه المودع لا يجبره القاضي على دفعها إليه ودفع الفرق  
(بأن المالك هنا غير ظاهر) أي المالك لا يأخذ هذه اللقطة التي صدق الملتقط مدعها غير ظاهر والمودع في مسئلة  
الوديعة مالك ظاهر وإنما أقر للحاضر بحق قبضها وأقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه قبضه لأنه أقر على  
ملك غيره وإذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وجاء آخر أقام البينة أنه له أن كانت قائمة في يد المدعي قضى له بها  
وهو ظاهر وإن كان هالك أخير بين أن يضمن القابض أو الملتقط فإن ضمن القابض لا يرجع على أحد وإن  
ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام أحمد فيها إذا كان المدفع بتدقيقه وفي رواية  
يرجع وهو الصحيح وجسه قول أحد أن الملتقط اعترف بأنه مال السكها وصاحب البينة ظلمه بتضمينه فلا يظلمه  
هو وصار كالمودع إذا صدق الوكيل بالقبض ودفع إليه ثم حضر المودع وأنكر الوكالة وضمنه لا يرجع على  
الوكيل لزمه أن الوكيل قبضه بامر والمودع ظالم في تضمينه ولنا أنه وإن صدقه في الملك لا يملكه القاضي بالملك  
للمدعي بالبينة فقد صار مكذبا بشرعاً بشكك في القاضي فبطل إقراره وصار كانه دفع بالتصديق ثم ظهر الأمر  
بخلافه وصار كإقرار المشتري بالملك للبائع إذا استخف غيبه ببينة فقصه له به يرجع على البائع ومثمل  
هذا يجري في إقراره بأنه وكيل المودع والذي فرق به في المبسوط أن في زعم المودع أن الوكيل عامل لغيره  
وهو المودع في قبضه بامر وليس بضامن بل المودع ظلمه في تضمينه بامره ومن ظلم لا يظلم غيره وهنأ في زعمه أن  
القابض عامل لنفسه وأنه ضامن إذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمن انتهى (قوله  
ولا يصدق باللقطة على غنى لأن المأمور به هو الصدقة لقوله صلى الله عليه وسلم فإن لم يأت يعنى صاحبها فليصدق  
به والصدقة لا تكون على غنى فاشبه الصدقة المفروضة) والحديث الذي ذكره هو ما رواه البراء في مسنده

قابل لا نقل ملكا (قوله بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنده) أي عند أبي حنيفة رحمه الله وصورة ذلك ميراث  
قسم بين الغرماء أو بين الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما  
يؤخذ والفرق لأبي حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر هنا ليس بثابت ولهذا كان له أن لا يدفع إليه المال لأن  
الكلام في الدفع إليه ذكر العلامة وأما في مسئلة الوارث فحق الحاضر معلوم وحق الآخر موهوم وعسى  
أن لا يكون فلا يجوز تأخير حق الحاضر إلى وقت التكفيل لاسمحتمل لإمارة عليه هذا إذا دفع اللقطة بذكري  
عسى أن تكون العلامة وأما إذا دفع اللقطة بحكم أن الحاضر أقام البينة على أنه له نفي أخذ الكفيل وإثبات  
عن أبي حنيفة رحمه الله والصحيح أنه لا يأخذ كفيلا (قوله وقيل يجبر لأن المالك هنا غير ظاهر) فلم يكن

وقوله (بخلاف التكفيل لو ارث غائب عنده) أي  
عند أبي حنيفة رحمه الله  
وأنما ورد الضمير عليه وإن  
لم يسبق له ذكر أشهره  
حكم تلك المسئلة هذا إذا  
دفع اللقطة بذكري العلامة  
أما إذا دفعها بإقامة الحاضر  
البينة دلى أنه له ففي أخذ  
الكفيل عنه روايتان  
والصحيح أنه لا يأخذ كفيلا  
وقوله (لأن المالك هنا غير  
ظاهر) يعنى بخلاف أن يكون  
المالك هو الذي حضر فلما  
أقر الملتقط بأنه هو المالك  
كان أقراؤه ملزما للدفع  
إليه (وأما المودع فإنه مالك  
ظاهر) فلا إقرار بالوكالة  
لا يلزمه الدفع إليه لأنه غير  
مالك يقيم ثم في الوديعة إذا  
دفع إليه بعد ما صدقه  
وهلك في يده ثم حضر المودع  
وأنكر الوكالة وضمن  
المودع ليس له أن يرجع  
على الوكيل بشئ وههنا  
الملتقط أن يرجع على  
القابض لأن هنالك في زعم  
المودع أن الوكيل عامل  
للمودع في قبضه بامر  
وأنه ليس بضامن بل المودع  
ظالم في تضمينه بامره ومن ظلم  
فليس له أن يظلم غيره وههنا  
في زعمه أن القابض عامل  
لنفسه وأنه ضامن بعد  
ما ثبت المالك لغيره بالبينة  
فكان له أن يرجع عليه  
بما ضمن بهذا كذا في  
المبسوط



وقوله (وكان من الميسر)

أي الأغنياء جمع الميسور  
 ضد المعسور وقوله (جلاله  
 على رفعها) أي ليكون حاملا  
 ومانعا على رفعها (وقوله  
 لا إطلاق النصوص) يريد  
 به قوله تعالى ولا تأكلوا  
 أموالكم بينكم بالباطل  
 الخ وقوله تعالى ولا تعتدوا  
 وقوله فمن اعتدى عليكم  
 (قوله والاباحة للفقير)  
 رويناه (يريد به قوله عليه  
 الصلاة والسلام فليصدق  
 به) (قوله والغنى مجرول على  
 الأخذ) جواب عن قوله ولانه  
 انما يباح للفقير جلالة على  
 رفعها (قوله وانتفاع أبي)  
 جواب عن استدلاله بحديث  
 أبي رضى الله عنه وقوله  
 (وهو جائز) أي الانتفاع  
 للغنى جائز باذن الامام لانه  
 في محل مجتهد

قال المصنف (وهو جائز  
 باذنه) أقول قال الاتقاني  
 أي الانتفاع بالقطعة بعدد  
 المدع جاز عند الغنى باذن  
 الامام على وجه يكون قرضا  
 لو فوعه في محل مجتهد فيه  
 فان الانتفاع بالغنى يجوز  
 عند الشافعي انتهى وفيه  
 بحث (قوله أي الانتفاع  
 للغنى الى قوله في محل الخ)  
 أقول فيه بحث فان خلاصة  
 استدلال الشافعي أنه لو لم  
 يجز أن ينتفع بها الغنى لما  
 أذن رسول الله صلى الله  
 عليه وسلم لابي بن كعب  
 رضى الله عنه به اذ هو  
 معقود لبيان الشرائع ولا  
 جواب عن ذلك في هذا كرمولا معنى لا يشاء جازنه عليه الصلاة والسلام على اجتهدا آحادا لا مقابلا

(وان كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها) وقال الشافعي يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي  
 رضى الله عنه فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فان دفع بها وكان من الميسر ولانه انما يباح للفقير جلالة على  
 رفعها صيانة لها والغنى يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لا إطلاق النصوص والاباحة  
 للفقير لما رويناه أو بالاجماع فيبقى ما وراءه على الأصل والغنى مجرول على الأخذ لا جمل افتقار في مدة  
 التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رضى الله عنه كان باذن الامام وهو جائز  
 باذنه (وان كان الملتقط فقيرا فلا يباح بان ينتفع بها)

والدارقطني عن يوسف بن خالد السبتي حدثنا يزيد بن سعد عن سمى عن أبي صالح عن أبي هريرة رضى الله عنه  
 أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل الا لقطعة من القطع شيئا فليعبر فسنه فان جاء صاحبها  
 فليؤده اليه وان لم يأت فليصدق به فان جاء فليخبر به بين الاخر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السبتي وليس  
 للملته اذا كان غنيا أن يملكها بطريق القرض الا باذن الامام وان كان فقيرا فله أن يصرفها الى نفسه  
 صدقة لا قرضا فيكون فيه للمالك أجرة الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك بحصول الثواب له  
 وجانب الملتقط كماله كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز دفعها الى فقير غير الملتقط وان كان بالملتقط أو بشي أو  
 زوجته (وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا) من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له أن يملكها  
 وان كان غنيا بطريق القرض غير مقرر الى اذن الامام (لقوله صلى الله عليه وسلم فان جاء صاحبها فادفعها  
 اليه والا فاستمتع بها) قالوا (وأبي كان من الميسر) بدليل ما في بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم قال  
 والا فاستمتع بها كسبيل مالك فقد جعل له مالا قلنا هذه الرواية ليس فيها ان الخطاب لابي فانها كافي مسلم عن  
 أبي بن كعب رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فان جاء أحد الى أن  
 قال فهي كسبيل مالك وظاهر هذا أنه يحكى قوله لسائل يسأله وراز كون ذلك كان فقيرا ثم هنا ما يدل  
 على فقر أبي في زمنه صلى الله عليه وسلم وهو ما في الصحيحين عن أبي طلحة قلت يا رسول الله ان الله تعالى  
 يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان أحب أموالى الى بيرحاء فسأرتى يا رسول الله فقال اجعلها في  
 فقراء قرابتك فجعلها أبو طلحة في أبي وحسان وهذا صريح في أن أبيا كان فقيرا لكنه يحتمل أنه ليس بعد  
 ذلك الآن قضايا الاحوال اذا طرق اليها الاحتمال سقط به الاستدلال وأما ما في حديث يزيد بن خالد  
 جابر جيل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى أن قال والا فاشرك بها وفي رواية فهي  
 لك فهو أيضا من قضايا الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم أن الخطاب  
 لابي لا يخرج عن قضايا الاحوال ذات الاحتمال اذ المال لا يلزم كونه نصا باكوته خاليا عن الدين لو كان

ظاهرا جاز أن يكون المالك هو الذي حضر فلما أقر الملتقط بانه هو المالك كان اقراره ملزما بالادفع اليه  
 ثم في الوديعة اذا دفع اليه بعدما صدقه وهلك في يده ثم حضر المودع وأنكر الوكيل كاله وضمن المودع ليس له أن  
 يرجع على الوكيل بشي وهذا للملته أن يرجع على القابض لان هذا في زعم المودع أن الوكيل عامل  
 للمودع في قبضه بامر له وأنه ليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه بابه ومن ظلم فليس له أن يظلم غيره وهذا  
 في زعمه أن القابض عامل لنفسه وأنه ضامن بعدما ثبت الملته لغيره بالبينة فكان له أن يرجع عليه بما ضمنه  
 كذا في المبسوط (قوله جلالة على رفعها) أي ليكون حاملا ومانعا على رفعها (قوله لا إطلاق النصوص) لقوله  
 تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الآن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله ولا تعتدوا وقوله  
 فمن اعتدى عليكم (قوله وانتفاع أبي كان باذن الامام) أي انتفع أبي بها بحكم القرض باذن الامام وله أن  
 يقرض اللقطة من الملتقط ومن غيره ولا كلام فيه وانما الكلام فيما اذا انتفع بحكم القرض بغير اذن الامام  
 على أنه يحتمل أنه علم فقره وحاجته ليدون عليه فاذا في الانتفاع بها وخطوطه بما له ويحتمل أن ماله دون  
 النصاب ويحتمل أن ذلك المال كان لحري لأمان له وذلك لان دار الاسلام يومئذ لم يكن فيها منعة وقد

جواب عن ذلك في هذا كرمولا معنى لا يشاء جازنه عليه الصلاة والسلام على اجتهدا آحادا لا مقابلا

لمافيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره (وكذا اذا كان الفقير أباه وأبنيه أو زوجته وان كان هو غنيا) لماذا كرنا والله أعلم  
 \* (كتاب الاباق) \*

نصا بالجاز كونه أقل من نصاب وكونه مدونا فالوالو كانت اللقطة لا تحل للملتقط الا بطريق الصدقة  
 فمتنع اذا كان غنيا لما أكملها على رضى الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد أمره صلى الله عليه وسلم باكلها فبما  
 أخرج أبو داود عن سهل بن سعد أن علي بن أبي طالب دخل على فاطمة وحسن وحسين يكيان فقال ما يكيانكم  
 قالت الجوع فخرج على رضى الله عنه فوجد دينار بالسوق فاجاه فاطمة فاحبرها فقالت اذهب الى فلان  
 اليهودي فخذ لنا دقيقا فاجاه اليهودي فقال اليهودي أنت خذني هذا الذي يزعم أنه رسول الله قال نعم فخذ  
 دينارك والديني لك فخرج على فاطمة فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار وتخذ لنا بدرهم لجا فذهب فخرج  
 الدينار بدرهم بلحم فجمحت ونحبرت وأرسلت الى أبيها فاجاه فقالت يا رسول الله أذكر لك فان رأيتم حلالاتنا  
 أكلفه من شأنه كذا وكذا فقال كلوا باسم الله فاكوا فبقيهم مكانهم اذا غلام يشدا الله والاسلام الدينار  
 فامر النبي صلى الله عليه وسلم به فدعى فسأله فقال سقط مني في السوق فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا علي  
 اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل الى بالدينار ودرهمك على فارس له  
 فدفعه صلى الله عليه وسلم الى الغلام فلما هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه اتفاقه قبل التعريف فدل على  
 ضعفه وقول المنذرى ولعل ناويه أن التعريف ليس له صيغة يعتد بها فراجعته لرسول الله صلى الله عليه وسلم  
 على ملأ من الخلق اعلان به وهذا يؤيد الاكتفاء في التعريف بجمرة غير ظاهرة فانه لم يذكر له ذلك الا بعد ان  
 اشترى واخذ واو أحضر وصلى الله عليه وسلم على الكل نعم بحسب الحكم بان عليا عرفه قبل أن ياتي به فاطمة  
 وان لم يذكر وقدره عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبخاري وأبو يعلى الموصلي وفيه أنه أتى به النبي صلى الله  
 عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة أيام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فاحبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال شأنك به  
 وفيه دليل لمختار شمس الأئمة من أن التقدير بحول وغيره ليس بلازم بل الى أن تسكن نفسه الى أن طالبه قطع  
 نظره عنه وفي سنده أبو بكر بن عبد الله قال البخاري على الظن هو عند أبي بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وهولين  
 الحديث وقال عبد الحق هو متروك والحق أن الحديث ضعيف من جهة الرواية ومن جهة الاضطراب لان ما في  
 الرواية الاولى من انهم انما أعلموه بعد أن اشتروا وصاروا مهبالا لكل يناقض ما في الثانية من أنه أعلمه فامر  
 به بغيره ثم أمره باخذه وفي الاولى أنه دفع عينه للمنشد وفي الثانية أنه جعله ديناه عليه وقال اذا جاء أدينا  
 اليك وغبر ذلك والاضطراب موجب للضعف ثم لو سلمنا حججته كان الثابت به أن استقرضه باذن الامام جائز  
 وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز اقتراض الملتقط الغني فلو سلمنا ضعف حديث أبي هريرة في  
 الصدقة بناء على تضعيف السمعي كغنا جازا لتصدق بالايجاع ثم هو يثبت أن الملتقط الغني فيها حكم آخر  
 ونحن نطالبه في اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء

\* (كتاب الاباق) \*

كل من الاباق واللقط واللقطة تحقق فيه عرصة الزوال والتلف الا أن التعرض له بفعل فاعل مختار في الاباق  
 فكان الانسب تعقيب الجهادية بخلاف اللقطة واللقط وكذا الاولى فيه وفي اللقطة الترجة بالباب لا بالكتاب

عرفها ثلاث سنين فكان الظاهر أنها لو كانت لمسلم لظهر فلما لم يظهر علم أنها كانت لكافر وقد سبقت  
 اليه يده فجعله أحق به لهذا وأليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله فانه رزق ساقه الله اليك ولكن مع  
 هذا أمره بان يعرف (قوله من تحقيق النظر من الجانبين) وهو نظر الثواب للمالك ونظر الانتفاع للملتقط  
 لماذا كرنا أي من تحقيق النظر من الجانبين والله تعالى أعلم بالصواب  
 \* (كتاب الاباق) \*

فيه وقوله (لمافيه من تحقيق  
 النظر من الجانبين) يعني  
 نظر الثواب للمالك ونظر  
 الانتفاع للملتقط وقوله  
 (لماذا كرنا) إشارة الى قوله  
 لمافيه من تحقيق النظر من  
 الجانبين والله أعلم  
 \* (كتاب الاباق) \*

قال صاحب النهاية ترجع الله  
 هذه الكتب أعني اللقطة  
 واللقطة والابق والمعقود  
 كتب يجانس بعضها بعضا  
 من حيث ان في كل منها  
 عرصة الزوال والهالك  
 والابق هو الهرب والابق  
 هو الهارب من مال كقصد

\* (كتاب الاباق) \*

(الآبق أخذته أفضل في حق من يقوى عليه) لمافي من احيائه وأما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم أخذ الآبق باقى به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذ ارفع الآبق اليه يحبس ولورفع الضال لا يحبس لانه لا يؤمن على الآبق الاباق نايبا بخلاف الضال قال (ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فحسابه) وهذا استحسن والقياس أن لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول

والآبق في اللغة الهرب آبق باقى كضرب يضرب بالهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصد انهم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مقيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه (قوله الآبق أخذته أفضل) من تركه (في حق من يقوى عليه) أى يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم في هذا الخلاف ويمكن أن يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه ثقله على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه والا فلا واختلاف في أخذ الضال قيل أخذته أفضل لمافي من احيائه النفوس والتعاون على البر (وقيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه) منظر المولاه حتى يجده ولا يخفى أن انتظامه في مكان غير مترشح عنه ليس بواقع بل نجد الضال يدورون متغيرين ثم لا شك في أن محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واحد الضال مولاه ولا مكانه أما اذا علم فلا ينبغي أن يختلف في أفضلية أخذه ورده (قوله ثم أخذ الآبق باقى به الى السلطان) أو القاضى فيحبسه منعاه عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن اباقه من الاخذ الا بذلك عادة بخلاف اللقطة أملو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج الى السلطان وبهذا الاعتبار خيره الخلو في بين أن ياتى به الى السلطان أو يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا حبس الامام الآبق فجاء رجل وادعاه وأقام بينة أنه عبده يستحقه بالله أنه باقى الى الآن في ملكك لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا الاحتمال أنه عرض بعد علم الشهود بشيئ من ملكه على وجه زواله بسبب لا يعاونه وانما يدفعه مع عدم خهم يدعى اصابته قضائه عن الخطأ ونظر المن هو عاجز عن النظر انفسه من مشتراً ومروءة له ثم اذا دفعه اليه عن بينة ففي أولوية أخذ الكفيل وثركه روايتان وكما يدفعه بالبينه يدفعه باقرار العبد أنه له وأخذ من المدفوع اليه هنا كغيار رواية واحدة وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف الاقبط لا يؤخذ منه اذا كبر مال بيت المال لانه كان مستحقا لبقعه وعجز عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجز للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضى وأمسك منه بعد أخذ ما أتفق لبيت المال منه فاذا جاء ماله وأقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينقص بيع القاضى لانه كحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يوافق وينفق عليه من أجرته لانه لا يخشى اباقه فلا يبيعه أما الآبق فيخشى ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يوافق وينبغي أن يقدر الطول بثلاثة أيام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان دائرة النفقة مستأصلة ولا نظير في ذلك للمالك بحسب الظاهر (قوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما) فضة بوزن سبعة مثاقيل (وان رده لاقل) من مسيرة سفر فحسابه وهذا استحسن والقياس أن لا يكون له شيء الا بالشرط بان يقول من رد على عبدي فله كذا كما

الآبق هو المملوك الذي فر من صاحبه ثم راد وعنادا والضال هو الذي ضل الطريق الى منزله (قوله لمافي من احيائه) لان الآبق هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له (قوله ثم أخذ الآبق باقى به الى السلطان) هذا اختيار شمس الأئمة السر حسي رحمه الله وأما اختيار شمس الأئمة الخلو في بين أن ياتى به الى السلطان أو يحفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار (قوله الا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب ادونها) فقال بعضهم ديناراً أو ثمانية درهما وقال على رضى الله تعالى عندي دينار أو عشرة دراهم وقال عمار رضى الله تعالى عنه أن أخذه في المصر فله عشرة دراهم وان أخذه خارجا من المصر

(والآبق أخذته أفضل في حق من يقوى) أى يقدر (عليه لمافي من احيائه) اذا لا باقى هالك في حق المولى فيكون الرد احياء له (وأما الضال) هو الذي لم يمتد الى طريق منزله من غير قصد فقيل انه كذلك وقيل تركه أفضل لانه لا يبرح مكانه فيجده للمالك ولا كذلك الآبق (ثم أخذ الآبق باقى به الى السلطان) لانه لا يقدر على حفظه بنفسه) وهذا اختيار شمس الأئمة السر حسي وأما اختيار شمس الأئمة الخلو في بين أن ياتى به الى السلطان أو يحفظه بنفسه وان شاء دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيهما بالخيار وقوله (ثم اذا دفع الآبق اليه يحبس) ظاهر وقوله (وانا ان العصابة رضى الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل

الآن منهم من أوجب أربعين ومنهم (٣٦٢) من أوجب مادونها) قال عمر رضي الله عنه في جعل الباقي ديناراً أو اثنا عشر درهماً

وقال علي رضي الله عنه في جعل الباقي ديناراً أو عشرة دراهم وقال ابن مسعود رضي الله عنه أربعين درهماً وقال عمار بن ياسر رضي الله عنه إن رده في المصفر فله عشرة دراهم وإن رده في خارج المصفر استحق أربعين (فاوجبنا الأربعين في مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقاً وتلفيقاً) أي جمعاً بين الروايات المتعارضة فإن قيل كان الواجب أن يؤخذ بالقل المقادير لتيقنه أوجب بأنه لم يؤخذ بالقل لأن التوفيق بين آقاولهم يمكن بأن يجعل قول من آقأى بالقل على ما إذا رده بمادون مسيرة السفر وقول من آقأى بالأكثر على ما إذا رده من مسيرة السفر وهذا أولى لأنه يعمل بكل منهما وقوله (والتقدير بالسمع) جواب عن قياس الآبق على الضال في عدم وجوب الجعل وفي قوله (ولان الحاجة) إشارة إلى نفي قوله (أي جمعاً بين الخ) أقول أي بقدر الامكان قال المصنف (ولان إيجاب الجعل أصله حامل على الراداة الحسبة نادرة) أقول المراد الحسبة المخصوصة فإن فيها من التعب والنصب ما لا يخفى (قوله والتقدير بالسمع) أقول قوله والتقدير مبتداً وقوله بالسمع خبره قال المصنف (ولا سمع بالضال فامتنع) أقول لا يقال هذا لا يدل على امتناع إيجاب الأصل بل على امتناع التقدير فليكن الرأي إلى السلطان

الشافعي رحمه الله تعالى لأنه متبرع بمنافعه فاشبهه العبد الضال ولنا أن الصعوبة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل الآن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها فاوجبنا الأربعين في مسيرة السفر ومادونها فيما دونه توفيقاً وتلفيقاً بينهم ولان إيجاب الجعل أصله حامل على الراداة الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولان الحاجة إلى صيانة الضال دونها إذا ردهم بمسألة أو عبد اضلاله القياس أن الراداة تبرع بمنافعه في رده ولو تبرع بعين من أعيان ماله لا يستوجب شيئاً فكذا هذا وقولنا قول مالك وأحمد في رواية قال المصنف في وجه الاستحسان (ولنا إجماع الصعوبة على أصل الجعل الآن منهم من أوجب الأربعين ومنهم من أوجب مادونها) وذلك أنه ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره أحد وذلك أن محمد رحمه الله روى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن أبي عمرو الشيباني قال كنت فاعداً عند عبد الله بن مسعود فخرجت من رجل فقال إن فلان أقدم بآباق من الغيوم فقال القوم لقد أصاب أبحراً قال عبد الله وجهه لعلنا شاء الله من كل رأس أربعين وروى أبو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه أيضاً وروى عبد الرزاق في مصنفه قال أخبرنا سفيان الثوري عن أبي رباح عبد الله بن رباح عن أبي عمرو الشيباني قال أصبت غلاماً نافعاً فباعته فذكر ذلك لابن مسعود فقال لا أجر والغنية قالت هذا لا حرج في الغنية قال أربعين درهماً من كل رأس وروى ابن أبي شيبة حدثنا محمد بن يزيد عن أيوب عن أبي العلاء عن قتادة وأبي هاشم أن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الباقي أربعين درهماً وروى أيضاً عن وكيع حدثنا سفيان عن أبي إسحق قال أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهماً وروى أيضاً عن يزيد بن هرون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب أن عمر رضي الله عنه جعل في جعل الباقي ديناراً أو اثني عشر درهماً وروى أيضاً عن يزيد بن هرون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحرث عن علي رضي الله عنه أنه جعل في جعل الباقي ديناراً أو اثني عشر درهماً أو أخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو بن دينار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في العبد الباقي يوجد في خارج الحرم بدينار أو عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القريب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روى عمار أن أخذه في المصفر فله عشرة دراهم أو أخذه خارج المصفر فله أربعين درهماً أو اعتبر الحرم كالمكان الواحد وقول المصنف (الآن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب مادونها) يريد المروي عن عمرو بن علي وقد علمت الرواية عن عمر أيضاً أن الجعل أربعين وسنده أحسن من الأخرى والرواية عن علي مضغطة بالحرث المذكور فكانت رواية ابن مسعود أقوى السكك فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو أمثل ما في الباب وانما يؤخذ بالقل إذا ساوى الأكثر في القوة وقيل انما يؤخذ به إذا لم يمكن التوفيق بين الآقاول وهنا يمكن أن تجعل روايات الأربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الأقل على مادونها ويجعل قول عمار خارج المصفر على مدة السفر (والتلفيق) الضم لفتح الثوب الفقه إذا ضمت شعبة إلى شعبة ولان نصب المقادير لا يعرف إلا بما عاين مكان الموقوف على الصعوبة حكم المرفوع وأصحها حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبتاً للزيادة وبإدلة العدل مقبولة راجح ولا يخفى ما في هذا (ولان إيجاب أصل الجعل حامل على الراداة الحسبة) وهو رده احتساباً عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادرة فشرع لاصحها الرجعة إلى العباد من صيانة أموالهم عليهم (وتقدير الجعل) انما يدري (بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع) الحاقه به قياساً ودلالة أيضاً لان الحاجة إلى صيانة الضال في رده

فله أربعين درهماً قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه حين قدم رجل بآباق من القوم فقال القوم لقد أصاب أبحراً وجعلنا شاء من كل رأس أربعين درهماً فاخذنا بأجمعهم في إيجاب أصل الجعل وكفي بأجمعهم جهنم رجلاً قال ابن مسعود رضي الله تعالى عنه في مقدار له لأنه قال في مجلسه ذلك واشتهر منه ولم ينكر عليه أحد فان قيل ينبغي أن يؤخذ بالأقل المتيقن لا بالأكثر المشكوك قلنا انما يأخذ بالأقل لان التوفيق بين آقاولهم

إلى

السلطان

لأننا نقول هذا جواب عن قياس الشافعي وما ذكرته يندفع بقوله ولان الحاجة إلى ختمنا

الى صيانة الا بقاء لانه لا يتوارى والا بقاء يخفى ويقدر الرضخ في الرد عمادون السفر باصطلاحهما أو يفوض الى رأى القاضى وقيل تقسم الاربعون على الايام الثلاثة اذ هي أقل مدة السفر قال (وان كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمتها الادريهما) قال رضى الله عنه وهذا قول محمد وقال أبو يوسف رجهما الله أو يعون دوهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الأقل لانه حكم منه ولحمداً أن المقصود حل الغير على الرد ليعي المال فينقص درهم

دونها في الرد الا بقاء لمافي رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كي لا يابق ثانياً بما ليس في رد الضال منه شيء ولو كان الا بقاء لرجلين فصاعداً فالجعل على قدر النصب ولو كان البعض غائباً فليس للجاحز أن يأخذ منه حتى يعطى تمام الجعل ولا يكون متبرعاً بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا به هذا كله اذ ارد به بلا استعانة فلوان رجلاً قال لا تخوان عبيدي قدأبق فاذا وجدته نحذه فوجده فرد له ليس له شيء لان مالكم استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيئاً وقوله (ومادونه فيما دونه) أي أوجبنا مادون الاربعين فيما دون السفر وذلك لان الماعز فذا لا يجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدار وذلك هو الواجب فاذا جلتنا بعضه على مادون السفر كان ذلك حكماً بالاجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الاعلى انه واجب (قوله ويقدر الرضخ في الرد عمادون السفر باصطلاحهما) أي المالك والراد أو يفوض الى رأى القاضى يقدره على حسب ما رآه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض المشايخ (تقسم الاربعون على الايام الثلاثة) لسلك يوم ثلاثة عشر وثلاث (قوله وان كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له بقيمتها الادريهما) قال المصنف (وهذا قول محمد) وهو قول أبي يوسف الاول كما قال أبو يوسف آخر (له أربعون) وان كانت قيمته درهم واحد ولم يذكر قول أبي حنيفة في عامة كتب الفقهاء ذكر في شرح الطحاوي مع محمد وجه أبي يوسف (أن التقدير بها ثبت بالنص) أي قول ابن مسعود ومرو وجب اتباعهما والمراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهم لوجوب حمل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا ينتقص عنها (ولحمدان المقصود) من اجاب الجعل (حمل الغير على الرد ليعي المال فينقص) منه (درهم

يمكن بان يجعل قول من أفتى بالا أكثر على ما اذارد من مسيرة السفر ولان نصب المقادير بالرأى لا يكون فلا طريق لما ثبت عنهم في الفتوى الا السماع فيكون كلامهم روى ما قاله عن النبي عليه السلام والثبت للزيادة من الاخبار عند التعارض أولى فلذا أخذنا بالا أكثر واذا أتى رجل بعبد أبق فانخذ السلطان فحسبه فداء رجل وأقام البينة أنه عبده فانه يستخلفه بالله ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه وذلك لانه لما أقام البينة فقد أثبت ملكه فيه بالجملة الا أنه يحتمل أن يكون باعه أو وهبه ولا يعرف الشهود ذلك فان قيل كيف يستخلفه وليس ههنا خصم يدعي ذلك قلنا يستخلفه صيانة لقضاء نفسه والقاضى مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ بحسب الامكان أو يستخلفه نظراً لمن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتراً وموهوباً فاذا حلف دفعه اليه وفي أخذ الكفيل منه روايتان وهو الاصح وان لم يكن للمدعي يدعي ينفق ولكن أقر العبد أنه عبده فانه يدفعه اليه ويأخذ منه كفيلاً أما الدفع اليه فلان العبد في يد نفسه وقد أقر أنه مملوك كمولاه ادعى أنه حر كان قوله مقبولاً فكذلك اذا أقر أنه مملوك له وأما أخذ الكفيل فلان الدفع اليه بما ليس بحجة على القاضى فلا يلزم ذلك بدون التكفيل بخلاف الاول فان الدفع هناك بحجة ثابتة عند القاضى كذا في المبسوط واذا كان الا بقاء بين رجلين فالجعل عليهم ما على قدر انصباهم ما فان كان أحدهما المولىين حاضراً والاخر غائباً فليس للجاحز أن يأخذ منه حتى يعطيه الجعل كله واذا أعطاه لم يكن متبرعاً واذا أقل الرجل لغيره ان عبيدي قدأبق فان وجدته نفذه فقال المأمور نعم ثم قال ان المأمور وجده على مسيرة ثلاثة أيام فانخذوه رده على المولى فلا جعل له لان المولى قد استعان منه في رد الا بقاء وقد وعد الاعانة والمعين لا يستحق شيئاً (قوله وله هذا لا يجوز الصلح على الزيادة) أي لا يجوز الصلح مع الراد على الزيادة على أربعين لانه يتضمن بطلان التقدير الثابت شرعاً ولا

الالحاق دلالة لانها تقضى التساوي بين الاصل والمحقق وليس بموجود وقوله (ويقدر الرضخ) تفصيل لقوله وان رده لأقل من ذلك فحسبه فان عملوا بالقسمة كان لسلك يوم ثلاثة عشر درهماً وثلاث درهم قيل والاشبه بالتقويض الى رأى الامام

قال المصنف (الى صيانة الا بقاء) أقول قوله الى في قوله الى صيانة الا بقاء الخ متعلق بالضمير في دونها لكونها عبارة عن الحاجة

ليسلم له شيء تحقيقاً للغائدة وأما الولد والمدير في هذا بمنزلة القن إذا كان الردي في حياة المولى لما فيه من أحياء ملكه ولو رد بعد ممانته لأجعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد أباً للمولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل

ليسلم له شيء تحقيقاً للغائدة أي فائدة إيجاب الجعل وتعيين الدرهم لأن مادونه كسور (وأما الولد والمدير في هذا بمنزلة القن إذا كان الردي في حياة المولى لما فيه من أحياء ملكه) وبه تحيما لئلا يملكه أما باعتبار الرقبة كقاي المدير أو باعتبار الكسب كقاي أم الولد عنده لأن المالبة فيها عنده لكنه أحق بكسبها (ولو رد بعد ممانته لأجعل له فيهما لأنهما يعتقان بالموت) فيقع ودحراً للمولود على مالكه وهذا في أم الولد ظاهر وكذا المديران كان يخرج من الثالث لأنه يعتق حينئذ بالموت اتفاقاً وان لم يخرج من الثالث فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة يصير كالمكاتب لأنه يبيع في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لأن المولى لا يستغيد بردة ملكه كابل استغاد بديل الكتابة فكان كدغيرهم له ويرد غيرهم لا يستحق شيئاً بخلاف القن (قوله ولو كان الراد أباً للمولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل) له وقيد في عياله أن رجس إلى الراد أو إلى الابن اقتضى أن يتقيد نفي الجعل إذا كان الراد ابناً يكون في عياله المالك أي في نفقته وتقوينه وهو غير صحيح لأن الابن لا يستوجب جعلاً سواء كان في عياله أم لا وأما وجهه الحال أن الراد أب كان ولد المالك أو أحد الزوجين على الآخر والوصى لا يستحق جعلاً مطلقاً أما الولد فلأن الراد كالبائع من المالك من وجهه وباعتباره يجب وكلا جبر من وجهه لأنه من باب الخدمة والاب إذا استأجر ابنه لخدمته لا يستحق عليه أجره لأن خدمته واجبة على الابن فوجب من وجهه وانتفي من وجهه فلا يجب بالمثل وهذا يفيد عدم الوجوب وإن لم يصح في عياله فإذا كان في عياله فبطريق الأولى وأما أحد الزوجين فإن كان زوجاً فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لأن العادة أن يطلب الزوج عياداً أنه تسبر عافي العرف لأنه ينفع به والثابت عرفاً كالثابت نصاً وإن كان زوجاً فلا يجب لهذا ولأن الرد بجهة الخدمة بمنعها منه لأن لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد والواستأجرها تقدمه لا يجب لها شيء وأما الوصي فأنما لا يستحق الجعل برده بعد اليتيم لأنه من الحفظ وثمان الوصي أن يحفظ ماله وإن كان غيرهم من الأب وباقي الأقارب فإن كانوا في عياله المالك لا يجب لهم شيء وإن لم يكونوا في عياله وجب لهم لأن العادة والعرف أن الإنسان إنما يطلب الآتي بمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتاً عرفاً وهو كالثابت نصاً

كذلك الصلح على الأقل لأن له أن لا يأخذ شيئاً أصلاً فلا يحيط والجواب الحمد وجه الله أن المطلق قد يتقيد بدلالة القرض كالإذن فإنه شرع جبراً مع أن الأصل في الإذن كالأخذ فالتقيد النص بما إذا كانت قيمته أكثر من أو بعين (قوله تحقيقاً للغائدة) والجواب عنه أن الغائدة تجعل بالأكثر لأن كسبه يزيد على قيمته ظاهر ولهذا قلنا بجوب الجعل في أم الولد (قوله وأم الولد والمدير في هذا بمنزلة القن) لأنهما يملكون المولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن فإن قبل الجعل يجب بأحياء المالبة ولا مالبة لأم الولد خصوصاً عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه قلنا المالك أحق بكسبها ولها مالبة باعتبار كسبها وقد أحياء الراد بالرد فيستوجب الجعل عليه فإن مات المولى قبل أن يصل إليه فلا جعل له لأنهما اعتقاً بموته وراداً لحر لا يستوجب الجعل وهذا ظاهر في أم الولد وكذا في المدير إذا خرج من الثالث وإن لم يخرج فكذلك عندهما لأنه حرمدون وعند بصير كالمكاتب ولا جعل لراد المكاتب لأنه أحق بكسبها ولها مالبة باعتبار كسبها وقد أحياء الراد بالرد والكسب (قوله ولو كان الراد أباً للمولى) أو ابنه وهو في عياله (قوله وهو راجع إلى أحدهما) أيهما كان لأنه ذكر بكلمة أو والجهة في ذلك أن الراد إذا كان في عياله المالك العبد أي في موته ونفقته لأجعل له سواء كان ذلك الراد أباً للمالك أو ابناً له وأما إذا لم يكن في عياله فعلى التفصيل إن كان الراد ابن المالك فلا جعل له أيضاً وإن كان أباه فلا جعل له كقري المبسوط جواب القياس بأن الراد الذي هو ذو رحم محرم من المالك يستحق الجعل في جميع ذلك إذا لم يكن في عياله ثم قال ولكنه استحسن فقال إذا وجد عند أبيه وهو

قوله (وأما الولد والمدير في هذا) أي في وجوب الجعل (بمنزلة القن) لأنهما مملوكا كان للمولى وهو يستكسبهما بمنزلة القن وتعليل المصنف رحمه الله بقوله (لما فيه من أحياء ملكه) أولى من تعليل غيره بقوله لما فيه من أحياء المالبة لأن أم الولد لا مالبة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله وقوله (لأنهما يعتقان بالموت) باطل لأنه ظاهر في أم الولد وفي حق المدير الذي لا سعاية عليه وأما الذي عليه السعاية بان لم يكن للمولى مال سواء فكذلك لا يستوجب الجعل على الورثة لأن المستسعى كالمكاتب عنده وحرمدون عندهما ولا جعل لراد المكاتب أو الحر (قوله ولو كان الراد أباً للمولى أو ابنه وهو في عياله) أي كل واحد منهما في عياله ظاهر ولم يذ كر جواب ما إذا لم يكونا في عياله والقياس أن يستحق كل من ذي الرحم المهرم الجعل إذا لم يكن في عياله لكن استحسن فقيل إذا وجد عند أبيه وليس في عياله فلا جعل له لأن رداً بق على أبيه من جهة الخدمة وخدمة الأب مستحقة عليه فلا جعل له على ذلك وأما إذا وجد الأب عند ابنه وإيس في عياله فلا جعل لأن خدمة الابن غير مستحقة على الأب

وقوله ( فلا يتناولهم اطلاق الكتاب ) أى القدورى وهو قوله ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام قال ( وان ابقى من الذى رده ) أى اذا ابقى الابق من الذى أخذته ايرده ( فلا شئ عليه ) أى لا ضمان عليه لانه امانة فى يده ( لكن هذا اذا شهد ) عند الاخذ وقد ذكرناه فى اللقطة ( ان الاخذ على هذا الوجه ما دون فيه شرعا قال المصنف رحمه الله ( وذكر فى بعض ( ٣٦٥ ) النسخ ) أى نسخ مختصر القدورى ( لاشئ له ) أى لا جعل الراد اذا

ابق الابق منه ( وهو صحيح أيضا لانه ) أى الراد ( فى معنى البائع من المالك ) لان عامة منافع العبد زالت بالابق وانما يستفيد المولى بالرد بمال يجب عليه والبائع اذا هلك فى يده المبيع سقط الثمن فكذلك ههنا يسقط الجعل واستوضع ذلك بما ذكره فى الكتاب وهو واضح ( وكذا اذا مات فى يده فلا شئ عليه لما قلنا ) انه امانة عنده ( ولو أعتقه المولى ) أى أعتقه قبل أن يقبضه ( وقت لقائه صار قابضا بالاعتاق ) فيجب عليه الجعل وأشار بقوله بالاعتاق الى انه لو دبر مكان الاعتاق لم يصرف قابضا والفرق بينهما ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير به قابضا كالمو أعتق المشتري العبد المشتري قبل القبض وأما التدبير فليس باتلاف للمالية فلا يصير به المولى قابضا الآن يصل الى يده ( وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البديل له ) وهذا بخلاف الهبة فان المولى لا يصير بها قابضا قبل الوصول الى يده لان فى الهبة قبل القبض لم يصل العبد الى يد المولى ولا يملكه فلا يكون لها حكم القبض وقوله والرد وان كان له حكم البيع

لان مولاه يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم اطلاق الكتاب قال ( وان ابقى من الذى رده فلا شئ عليه ) لانه امانة فى يده ( لكن هذا اذا شهد وقد ذكرناه فى اللقطة قال رضى الله عنه وذكر فى بعض النسخ انه لاشئ له وهو صحيح أيضا لانه فى معنى البائع من المالك ولهذا كان له أن يحبس الابق حتى يستوفى الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات فى يده فلا شئ عليه لما قلنا قال ( ولو أعتقه المولى كما قبله صار قابضا بالاعتاق ) كما فى العبد المشتري وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البديل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه يبيع من وجه فلا يدخل تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض بخاز

بخلاف ما ذالم يكون لو فى عياله لان التبرع حينئذ لم يوجد نصا ولا عرفا ( قوله وان ابقى من الذى رده فلا شئ عليه ) أى لا ضمان على الراد وفى بعض نسخ القدورى لاشئ له أى لا جعل للراد وكل منها صحيح ( وكذا اذا مات عنده ) الآن نفى الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبايع للمالك لانه باقاه كالهالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به وبالرد كانه استفاد مملوكه من جهته فصار كالبايع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والمائع اذا هلك فى يده أو ابقى وهو عبد سقط الثمن فكذلك يسقط الجعل وانتفاء الضمان بشرطه أنه أن يكون أشهد على قول أى حنفية ومحمد لانه حينئذ صار امانة عنده كفى اللقطة وقال أبو يوسف لا ضمان عليه أشهد أو لم يشهد اذا قال أخذته لارده والقول قوله فى ذلك مع عينية اذا علم انه كان أبقا فلو أنكر المولى باقاه فالقول له لان سبب الضمان وهو أخذ مال الغير بغير اذنه يظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باقاه والمالك منكرو وكذا لا يجب الجعل اذا جاء به وأنكر المولى باقاه الا أن يشهد بشهوده أو يقر أو يشهدوا على اقرار المولى باقاه ( قوله ولو أعتقه المولى كما قبله ) أى رآه قبل قبضه ( يصير بالاعتاق قابضا ) فيجب الجعل ( كما فى العبد المشتري ) اذا أعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن ( وكذا اذا باعه المولى من الراد ) أى قبل قبضه يصير به قابضا ( لسلامة بديله ) وهو الثمن له فان قيل للراد حكم البيع من المالك فيبيع المالك من الراد قبل قبضه يبيع مالم يقبض وهو لا يجوز فاجاب بقوله ( لكنه يبيع من وجه ) لامن كل وجه ( فلا يدخل تحت النهى ) المطلق ( عن بيع مالم يقبض بخاز ) وأورد أن الشبهة ملحقة بالحقيقة فى الحرمان أجاب بان هذه شبهة

فى عياله أو ليس فى عياله فلا جعل له لان رد الابق على أبيه من جملة خدمته وخدمة الاب مستحقة على الابن فاما اذا وجد الاب عبدا بانه فان كان فى عياله ابنة فلا جعل له لان ابقى الرجل انما يطلبه من فى عياله ولهذا ينفق عليهم فلا يستوجب مع ذلك جعل آخر وان لم يكن الاب فى عياله فله الجعل لان خدمة الابن غير مستحقة على الاب ( قوله يتبرعون بالرد عادة ) فان قيل طلبهم الجعل دليل على أنهم لم يتبرعوا قلنا من الجائز أنهم تبرعوا فى الرد ثم دمو البعض الاسباب فعلى هذا الوجه لا يجب فلا يجب بالشك والاحتمال ( قوله فلا يتناولهم اطلاق الكتاب ) يعنى قوله ومن رد الابق على مولاه ( قوله هذا اذا شهد ) وان ادعى أنه أخذته للراد ولكن ترك الاشهاد مع الامكان فهو على الخلاف المذكور فى اللقطة هذا اذا علم أنه كان أبقا وان أنكر المولى أن يكون العبد أبقا فالقول قوله لان السبب الموجب للضمان قد ظهر من الاخذ وهو ادعى الاذن من المالك فى أخذه وأنكر المالك وعلى هذا لو رده فانكر المولى أن يكون عبده أبقا فلا جعل له الآن يشهد بالشهود بانه ابقى من مولاه وأن مولاه أقر باقاه فحينئذ يجب له الجعل كذا فى الميسوط ( قوله فى بعض النسخ ) أى فى نسخ المختصر للقدورى رحمه الله تعالى ولو أعتقه المولى كما قبله صار قابضا بخلاف ما اذا رده وكذا اذا باعه من الراد أى يصير قابضا ويجب الجعل بخلاف ما اذا وهبه من الراد حيث لا يصير قابضا قبل الوصول الى يده ( قوله والرد وان كان له حكم البيع لكنه يبيع من وجه ) جواب لسؤال يرد بناء على قوله لانه فى معنى البائع من المالك فكان ينبغي

جواب عما يقال قد قلتم من قبل ان الرد فى معنى البيع من المالك ثم جزم ببيع المالك من الراد قبل أن يقبضه فيجب أن لا يجوز له دخوله تحت النهى الوارد عن بيع مالم يقبض وتقرر الجواب ان النهى عن ذلك مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والرد ليس ببيع كامل بل هو بيع من وجه من حيث إعادة ملك التصرف اليه فقط لان ملك الرقبه لا يزول عن المولى بالابق فلا يكون داخل تحت النهى فيكون جائزا



دقوله (وينبغي اذا أخذناه أن يشهد أنه أخذناه ليرده) ظاهر وقوله (فإن كان لا يقر رهنها) سيأتي الكلام فيه في الرهن إن شاء الله تعالى وقوله (والجعل بمقابلة أحياء المألية) فيه نظر (٣٦٦) لأنه يلزمه إذا رد أم الولد ومائة أحياء المألية عند أبي حنيفة وأوجب بأنه لا مالية فيها

قال (وينبغي اذا أخذناه أن يشهد أنه يأخذنا ليرده) فلا شاهد حتم فيه عليه على قول أبي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما لأن ترك الأمانة أمانة أنه أخذ لنفسه وصار كالأمانة من الأخذ وأتم به أو ورثته فرد على مولاه لا جعل له لأنه رده لنفسه إلا إذا شهد أنه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن (وإن كان لا يقر رهنها فالجعل على المرتهن) لأنه أحياء ماليتها بالرده وهي حقه إذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة أحياء المألية فيكون عليه والردي حياة الراهن وبعده سواء لأن الرهن لا يبطل بالموت وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه فإن كنت أكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لأن حقه بالقدر المضمون فصار كمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وإن كان مديونا

الشبهة ولا يبرهن هذا لأنه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لأنه ملكه حقيقة فمع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة (قوله وينبغي اذا أخذناه أن يشهد أنه يأخذنا ليرده) قال المصنف (فلا شاهد حتم فيه) أي في الأخذ الآتي (عليه) أي على الآخذ (على قول أبي حنيفة ومحمد) وتفسير بعضهم حتم بأنه واجب تساهل والآخر يلزم بتركه استحقاق العقاب ونقطع بأنه إذا أخذنا بقصد الرد إلى المالك واتفق أنه لم يشهد لائمه عليه وانما الأمانة شرط عندهما خلافا لابي يوسف لاستحقاق الجعل واسقوط الضمان أن مات عنده أو أبق (لأن ترك الأمانة أمانة أنه أخذنا لنفسه فصار كالأمانة) الراد (من الأخذ وأتم به) منه (فرد على مولاه لا جعل له لأنه رده لنفسه) لأنه بالشراء والأناهب فاصدقتملكه ظاهر فيكون غاصبا في حق سيده فرد لا سقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا الوأوصى له به أو ورثته في كل ذلك يكون قابضاً لنفسه فيضمنه فإذا رده لا جعل له لأنه لنفسه لأنه يسقط الضمان عن نفسه إلا أن يشهد عند الشراء من الأخذ أنه اشتريته لارده على مالكه لأنه لا يقدر على رده إلا بشرائه فحينئذ (يكون له الجعل) ولا يرجع على السيد بشئ من الثمن لأنه متبرع به كالأمانة فليس عليه بغير إذن القاضي (قوله وإن كان لا يقر رهنها فالجعل على المرتهن) لأن بالرد حث ماليتها وماليتها حق المرتهن لأن الاستيفاء منها والجعل على من حيث له المألية ألا ترى أن بالابق سقط دين المرتهن كما بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليتها كالأمانة الشاة الموهوبة فديبغ جلد هافان الدين يعود به (والردي حياة الراهن وموته سواء لأن الرهن لا يبطل بالموت وهذا) أي كون الجعل على المرتهن (إذا كان قيمة العبد مثل الدين أو أقل فإن كانت أكثر من الدين) قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما أصاب الدين على المرتهن وما بقي على الراهن مثلاً الدين ثلثمائة وقيمة الرهن أو بعامة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كمن دواء الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء إن كان الدين أكثر من قيمته انقسم انقساماً عليهما كذلك (قوله وإن كان مديونا) أي إن كان العبد لا يقر مديونا

أن لا يجوز بيع المالك منه قبل القبض بأنه يبيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز فإن قبل الشبهة لمصلحة بالحقيقة في الحرمان قلنا هذه شبهة الشبهة ولا عبرة لها وهذا لأنه لو شرط رضی المالك تنصيصاً تحقق الشبهة لأنه ملكه حقيقة فعند عدم الرضا تحقق شبهة الشبهة (قوله لأن ترك الأمانة أمانة أنه أخذنا لنفسه) لأن الأصل أن يكون الإنسان عاملاً لنفسه (قوله لأنه رده لنفسه) لأنه بالأخذ على هذا صار ضامناً لمولده كان رده لا سقاط الضمان عن ذمته فكان راداً لنفسه والمراد من الشراء صورته والافهذ التصرف لا يكون شراء حقيقة لعدم المالك فكذلك الأناهب والأوث (قوله فصار كمن الدواء) يعني مداواة الجروح والقروح ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية ينقسم على الأمانة والمضمون فكذلك هذا (قوله وإن كان مديونا) أي العبد الآبق إذا كان مديوناً بأن كان مديوناً فله في الأمانة وأستهلك مال الغير

باعتبار الرقبة ولها مالية باعتبار كسبها لأنه أحق بكسبها وقد أحياء الراد ذلك رده (قوله وإن كان مديونا) أي العبد الآبق إذا كان مديوناً بأن كان مديوناً فله في الأمانة وأستهلك مال الغير وأقربيه مولاه (قوله كالوقوف) يعني بين أن يستقر على المولى متى اختار قضاء الدين وبين أن يصير للغير متى اختار البيع ولما توقف الملك في العبد توقف مؤنة الملك وهو الجعل (قوله وإن كان) أي الآبق (وهو) بالاجعل على الموهوب له وإن رجع الواهب في هبته بعد الرد واتخاذ كمران الواسلة هذه لدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله بقوله تجب على من يستقر الملك له وبقوله فغلى المولى أن اختار الفداء فغلى كلا التقديرين كان ينبغي أن يجعل الجعل على الواهب لوجود هذين المعنيين في حقه ووجه الدفع (أن المنفعة للواهب ما حصلت بالردي) أي براد الآبق (بل يترك الموهوب له التمتع فيه بعد الرد) من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذي يمنع الواهب من الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على الواهب لذلك فإن قبض

المنفعة حصلت للواهب بالجموع وهو ترك الموهوب له الفعل ورد الراد أوجب بأنه كان كذلك لكن ترك الموهوب له الفعل فعلى آخرهما وجودا فيضاف الحكم إليه كإتيان القرابة مع الملك فيضاف العتق إلى آخرهما وجودا كذا هذا

قوله (فعلى المولى أن اختار الفداء الخ) أقول له ودال المنفعة له

فعلى المولى ان يختار قضاء الدين وان يبيع بدئى بالجعل والباقي للعرماء لانه مؤنة الملك والمالك فيه كالموقوف  
فنجب على من يستقره وان كان جانيا فعلى المولى ان يختار القداء لعود المنفعة اليه وعلى الاولياء ان يختار  
الردع اعودها اليهم وان كان موهورا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب  
ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده  
وصيه فلاجل له لانه هو الذى يتولى الرد فيه

وقوله (وان كان لصي الى  
آخيه) ظاهر وبالله التوفيق

بان كان مأذونا فالحقه في التجارة دين أو تلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك له لانه  
مؤنة الملك والمالك في العبد بعد مباشرته بسبب الدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه كان الجعل عليه  
لان الملك استقر له وان اختار يبيع في الدين كان الجعل في الثمن يبدأ به قبل الدين لما قلنا انه مؤنة الملك والباقي  
للاعرماء فظاهر ان قول المصنف (فيجب) أى الجعل على من يستقره الملك تجوز فانه لا يجب على المشتري  
وكانه جعل ملكه بمنزلة ملكه (وان كان) أى العبد (جانيا) أى جنى خطأ فلم يدفعه مولاه ولم يغده  
حتى أبقي فرد من مسيرة ثلاثة أيام فهو على القياس يكون الجعل على من سيصير له ان اختار المولى فداء فهو  
عليه لعود منفعة اليه فان اختار الدفع الى اولياء الجفنا فاعطهم لعودها اليهم ولو كان قتل عدافاق ثم رد  
لجعل على أحد المولى فلا أنه ان قتل لم يحصل له بالرد منفعة وان عفا عنه فاعطاهما حصلت بالعود وأماولى  
القصاص فان قتل فالجعل له التشفي لالمالية وان عفا فظاهر (وان كان موهوبا) فان أبقي ممن وهبه  
ثم رد (فالجعل) (على الموهوب له) سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد أو لا أما إذا لم يرجع فظاهر  
وأما ان رجع بعد المحي فلا أنه وان حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد  
بعد رده مما منع رجوعه من بيعه وهبته وغير ذلك أو رده عليه انه حصل بالجموع من ذلك ومن الرد أجيب  
بان الترك آخر جزئى العلة والمبايض الحسك وأما الجواب بانه اذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا بد فغ  
الوارد على المصنف بل يقرره (وان كان) الآبق (لصبي فالجعل في ماله) لما تقدم (انه مؤنة ملكه  
وان رده وصيه فلاجل له) وقد بيناه في التقسيم وكذا اليتيم يعوله رجل فردا بقاله لانه اذا كان ثمرة له  
بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان العرف فيه التبرع وفي الكافي للهاكم أمتة  
والها ولد رضيع فردهما رجل له جعل واحد فان كان ابنا قارب الحلم فله ثمانون لان من لم يراهق لم يعتبر ابنا  
وفي الذخيرة والمحيط لو أخذ باقفا فغصبه منه آخر وجاء به الى مولاه وأخذ جعله ثم جاء آخر وأقام بينته انه أخذه  
ياخذ الجعل منه ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل  
البلد أبقي من الآخذ فوجده آخر فردة الى سيده ان جاء به من مدة لسفر فالجعل له وان وجده لا قبل فغابه  
لجعل لواحد منهم ما وفي المتوسط لاجل للسلطان والشحنة أو الخفير فرد الآبق والمال من قطاع الطريق  
لوجوب الفعل عليهم والاولى أن يقال لا نأخذهم العطاء على ذلك ونصهم له

وأقرب مولا (قوله) فعلى الموهوب له وان رجع الواهب) أى يجب الجعل على الموهوب له وان رجع  
الواهب في هبته بعد الرد وانما ذكر هذا الدفع شبهة ترد على ما ذكر قبله فيجب على من يستقر الملك وقوله  
فعلى المولى ان يختار القداء لعود المنفعة اليه فعلى هذا كان ينبغي أن يجب الجعل على الواهب لوجود هبته  
المعنيين في حقه فاجاب عنه بان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد أى برد الآبق بل بترك الموهوب له التصرف فيه  
بعد الرد من الهبة والبيع وغيرهما من التصرف الذى يمنع الواهب من الرجوع في هبته فلا يجب الجعل على  
الواهب لذلك فان قيل المنفعة حصلت للواهب بالجموع وهو الرد وترك الموهوب له التصرف قلنا نعم ولكن  
ترك الموهوب له التصرف آخرهما وجودا فيضاف الحسك اليه كما في القرابة مع الملك فيضاف العتق الى  
آخرهما وجودا كذا هنا (قوله) لانه هو الذى يتولى الرد) وكذلك ان كان اليتيم في حجر رجل يعوله  
فجابه ذلك الرجل فلاجل له لانه هو الذى يطلبه عادة وكذلك لاجل للسلطان اذا رد آبقا والله تعالى أعلم

\* (كتاب المفقود) \* قد تقدم وجه مناسب ذكر هذا الكتاب هنا والمفقود مشتق من المفقود وهو في اللغة من الاضداد يقال فقدت الشيء أي أضلته وفقدته أي طلبته وكلا المعنيين تحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه وذكري الكتاب ما يدل على مفهومه الشرعي وهو قوله (إذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع (٣٦٨) ولم يعلم أحي هو أم ميت) وقوله (نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى

حقه) إشارة إلى بيان حكمه في الشرع وكلامه واضح (قوله ولا في نصيبه في عقار أو عرض في يدرجل) بأن كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره (قوله أنه) أي الوكيل من جهة القاضى (لا يملك الخصومة بخلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين) فانه عند أبي حنيفة رحمه الله يملك الخصومة وعندهما لا يملكها (واذا كان كذلك) يعني ان وكيل القاضى لى المالك الخصومة كان حكم القاضى بتنفيذ الخصومة قضاء بالدين للغائب والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز ان القضاء لقطع الخصومة والخصومة من الغائب غير متصورة (الا اذا رآه القاضى) أي جعل ذلك رأيا له وحكمه فينتد بجور لان القضاء اذا لاقى فضلا مجتهدا فيه نفذ فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كمالو كان القاضى محدودا في فذف أعجب بأن المجتهد فيه سبب القضاء وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أولا فاذا رآها القاضى حجة وقضى

### \* (كتاب المفقود) \*

(إذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفى حقه) لان القاضى نصب ناظر السكلي عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظره وقوله يستوفى حقه لا خفاء انه يقبض غلاته والدين الذى أقر به غريم من غرماؤه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه أصيل في حقوقه ولا يخاصم في الدين تولاه المفقود ولا في نصيبه في عقار أو عرض في يدرجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وأنه لا يملك الخصومة بخلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وانما لا يجوز الا اذا رآه القاضى وقضى به لانه مجتهد فيه

### \* (كتاب المفقود) \*

هو الغائب الذى لا يدري حياته ولا موته (قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضى من يحفظ ماله ويقوم عليه) أي على ماله (ويستوفى حقه) لان القاضى نصب ناظر السكلي عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون فعلى القاضى أن يفعل في أمرهم ما ذكرنا لما ذكرنا (وقوله) أي قول القدرى (يستوفى حقه ويريدانه يقبض غلاته والدين الذى أقر به غريم ويخاصم في دين وجب بعقده) أي بعقد الذى نصبه القاضى (لانه أصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الدين الذى تولاه المفقود ولا في نصيبه في عقار أو عرض في يدرجل) ولا في حق من الحقوق اذا جحد من هو عنده أو عليه لانه ليس بمالك ولا نائب انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وهو لا يملك الخصومة بخلاف انما الخلاف في الوكيل يقبض الدين من جهة المالك عند أبي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك (واذا كان كذلك) يعني اذا كان وكيل القاضى لا يملك الخصومة (فلوقضى بخصومته كان قضاء على الغائب) والاوجه أن يقول للغائب والقضاء عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا أو دعيه أو شركة في عقار أو رقبى أو رذابيعب أو مطالبة لاستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لانهم انما يسمعون على خصم والوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصما بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب (وهو لا يجوز الا اذا رآه القاضى) أي اذا رأى القاضى المصلحة في الحكم للغائب وعليه

### \* (كتاب المفقود) \*

بالصواب

هو غائب لم يدري موضعه وحياته وموته (قوله والمفقود بهذه الصفة) أي عاجز عن اقامة مصالحه (قوله وجب بعقده) أي بعقد القائم مقام المفقود (قوله ولا في نصيبه في عقار أو عرض) بان كان الشيء مشتركا بين المفقود وغيره لا يكون منصوب القاضى خصما فيه لمن يجتهد (قوله انما الخلاف في الوكيل بالقبض) من جهة المالك في الدين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه يملك الخصومة وعندهما لا يملك بالقبض من جانب القاضى لا يملك الخصومة انما فاذا كان كذلك يتضمن الحكم به أي بشيئ ما ادعاه من مخاصمته من يحفظ ماله باى جهة كانت قضاء على الغائب وليس للقاضى أن يقضى على الغائب وللغائب الا اذا كان عنده خصم حاضر عندنا وكذا لا ينبغي للقاضى أن ينصب وكيلا عن الغائب ولكن لو فعل ذلك بنقض قضاؤه (قوله الا اذا رآه القاضى) أي لو كان القاضى ولا ذلك ورآه ونفذ الخصومة بينهم فيه يجوز حينئذ لانه يصير

\* (كتاب المفقود) \* (قوله وهو في اللغة من الاضداد الخ) أقول أنت خبير بان المطلب ليس ضد الاضلال الا أن يكون ثم اطلاق الضد توسعا بناء على ان المطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه فليتأمل قال المصنف (يتضمن الحكم به قضاء على الغائب) أقول فيه شيء والظاهر أن يقال قضاء للغائب (قوله والقضاء على الغائب وللغائب لا يجوز) أقول في فصل

ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى (ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها) لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن قال (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد بل يعم جميع قرابة الاولاد والاصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ يجب بالقضاء والقضاء على الغائب تمتنع في الاولاد الصغار والاثاث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار

حكم فانه ينفذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغي أن لا ينفذ حتى يرضيه قاض آخر لان نفس القضاء مجتهد فيه ككلو كان القاضى محدودا في قذف فان نفذ قضاءه موقوف على أن يرضيه قاض آخر أجيب بجمع أنه من ذلك بل المجتهد سببه وهو هذه البيئة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر أم لا واذا قضى بها نفذ كقوله قضى بشهادة المحدود في قذف وفي الخلاصة الفتوى على هذا (ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالتأمر ونحوها (يبيعه القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه) ولا يبيع ما لا يخاف فسادا منه ولا كان أوعقرا (في نفقة ولا غيرها لان القاضى لا ولاية له على الغائب الا في الحفاظ) وفي البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز أن لم يكن له مال الاعروض أو عقار أو أخدم واحتاج ولده أو زوجته الى النفقة لا يباع بخلاف الوصى فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حق وربما يكون حفظ الثمن للائصال الى ورثته أبسر وهنا لا ولاية للقاضى على المفقود الا في الحفاظ المبسوط وقال أبو حنيفة ان كان له أب محتاج فله أن يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو احتسان وفي القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكرا الكرخي أن مجتدا ذكره قول أبي حنيفة في الامالى وقال هو حسن وجه الاحتسان ان الاب وان زالت ولايته بقي أثرها حتى صح استيلاده جارية ابنه مع أن الحاجة الى ذلك ايسر من أصول الحوائج واذا ثبت بقاء أثر ولايته كان كالوصى في حق الوارث الكبير وللوصى بيع العروض دون العقار (وينفق على زوجته وأولاده من ماله) يعنى الحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع اليه الفساد ومن مال مودع عند مقرودين على مقر قال المصنف (وايس هذا مقصورا على الاولاد) قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الاولاد يعنى من الاب والجدوان علا (والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته) لان لهم أن يأخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقود والنياب ليس فكان اعطاء القاضى ان كان المال عنده أو تمكينا من ان كان عندهم اعانة لقضاء على الغائب فانهم كانوا اذونين شرعاً ان ياولوا بافسههم وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله) فمن الاول أعنى المستحقين بلقضاء (الاولاد الصغار والاثاث الكبار) اذ لم يكن لهم مال وكذا الاب والجدوان الزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال لا يستحق النفقة عليه في حال حضوره فضلا عن غيبته الا لزوجته فانها تستحق وان كانت غيبته لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها

قضاؤه في فصل مجتهد فيه فينفذه فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر ككلو كان القاضى محدودا في قذف قلنا المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البيئة هل تكون حجة بالخصم حاضر أم لا فاذا أراء القاضى حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كقوله قضى بشهادة المحدود في القذف (قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد) كالتأمر ونحوها (قوله ومعناه) أى ماله فحصل ماله في بيته فلذلك يامر بحفظ ثمنه (قوله وهو ممكن) أى حفظ الصورة ممكن (قوله من الاول) وهم الذين يستحقون النفقة بغير قضاء (قوله ومن الثاني) وهم الذين لا يستحقون النفقة بغير قضاء الاخ والاخت والحال فانه لا يجب نفقة هؤلاء الا بقضاء أو

بها نفذ قضاؤه كقوله قضى  
بشهادة المحدود في القذف  
(قوله ثم ما كان يخاف عليه  
الفساد يبيعه القاضى)

القضاء بالوارث من شرح  
الاتقانى وأحل على المختلف  
انه قيل يجوز القضاء للغائب  
عندهما ولا يجوز عنده

طاهر (قوله ومن الثاني الاخ والاخت) انما كان من الثاني لانها نفقة ذى الرحم المحرم وهي مجتهد فيها فلا تجب الا بالقضاء والرضا ولهذا لم يكن لهم الاخت بدون القضاء (٣٧٠) او الرضا وقوله (فاذا لم يكن ذلك) يعني الملبوس والمطعم وفي ماله (قوله وهذا)

ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلةتهما في هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب هذا اذا كانت في بد العاض فان كانت ودية أو ديناً ينفق عليهم منها اذا كان المودع والمدون مقرين بالدين والودعة والنكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا طاهرين عند القاضي فان كانا طاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان أحدهما طاهراً والودعة والدين أو النكاح والنسب يشترط الاقرار بماليس بظاهر هذا هو الصحيح فان دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يرضى المودع ولا يبرأ المدون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضي لان القاضي نائب عنه

بالحاجة وهي تنعزم بالغنى (ومن الثاني) يعني من لا يستحق الا بالقضاء (الاخ والاخت والخال والخالة) ونحوهم من قرابة غير الولاد (وقوله) أي قول التقدير (من ماله يعني الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعم والملبوس فاذا لم يكن في ماله) عن المطعم والملبوس (يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر) أي غير المضروب (كذلك لانه يصلح قيمة كالمضروب) وهذا اذا كانت الدراهم والدنانير والتبر في بد القاضي (فان كانت ودية أو ديناً ينفق عليهم منها) ان كان المودع مقرراً بالودعة والنكاح والنسب والمدون كذلك مقرراً بالدين والنكاح والنسب (وهذا) يعني اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب (اذا لم يكونا طاهرين) عند القاضي (فان كانا طاهرين) معروفين له (فلا يحتاج الى اقرارهما بما لو كان الظاهر عنده أحدهما الودعة والدين أو النكاح والنسب) جعل كل اثنين واحداً (يشترط اقرار) من في بهتمه المال بالآخر الذي ليس طاهراً فيقر في الأول عند القاضي أن هذه زوجته وهذا ولده وفي الثاني بان له عندى ودية أو غلى دينه (وقوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس الذي قال به زفر لأن هذا اختلاف الروايتين قال لا ينفق من لودية شيئاً عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس بحجة على الغائب وهو ليس خصماً عن الغائب ولا يقضى على الغائب بلا خصم ومثله هذا في الدين أيضاً قلنا المودع مقر بان مافي يده ملك الغائب وان للولد والزوجة حق الاتفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصماً باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود ومثل هذا القياس ليس في الودعة والدين خاصة بل في جميع أموال المفقود وقد يقال أيضاً في جوابه نعم القياس ما ذكرت لكننا استحسننا ذلك بحديث خند امرأته أبي سفيان وقد أسلفناه قال نفسه خذ من ماله ما يكفيك ويكفي بئيك بالمعروف اذ هو يقدم على جوار الاتفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالذلة لان حقه فيها أكثر من حق الولدان الولد لا ينفقها بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزاً عن الكسب والاب يستحقها بمجرد هوانه ان كان يقدر على الكسب (قوله ولودع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يرضى المودع ولا يبرأ المدون لانه ما أدى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بأمر القاضي لان القاضي نائب عنه) فكان له أن يأمره ولا بالقبض وليس القاضي نائباً في الحفظ فقط بل فيه وفي ايقاع ما عليه من الحقوق أيضاً مما لا يحتاج في ثبوته عنده الى سماع عينة ولذا جاز له أن يوفى ما عليه من دين اذا علم بوجوده بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا أعطاهم بلا أمره فان قيل ينبغي أن لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الودعة الى من في عيال المودع برئ أوجب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن أن يأخذ القاضي منها كفيلاً لا احتمال انه طلقها

ورضاء لانه مجتهد فيه ولهذا لم يكن لهم الاخت من غير قضاء أو رضاه (قوله فان كانا طاهرين) أي الدين والودعة والنسب والنكاح جعل الودعة والدين واحداً والنسب والنكاح واحداً فذلك ذكرهما بلفظ التثنية (قوله هو الصحيح) ذكر هذه المسئلة في كتاب النكاح وقال ينفق عليهم اذا كانا مقرين بالودعة

أي الذي ذكرناه من اتفاق القاضي عليهم من الدراهم والدنانير (اذا كانت في يد القاضي) قوله (وهذا) أي الاحتياج الى الاقرار (انما هو اذا لم يكونا) أي الدين والودعة أو النكاح والنسب جعل الدين والودعة شيئاً واحداً والنكاح والنسب كذلك فذلك ذكرهما بلفظ التثنية (قوله هذا هو الصحيح) احتراز عن جواب القياس وهو قول زفر لانه لا ينفق منهما عليهم بالاقرار لان اقرار المودع ليس بحجة على الغائب وهو ليس بخصم عن الغائب ولا يقضى على الغائب اذا لم يكن عندهم حاضر ولكننا نقول المودع مقر بان مافي يده ملك الغائب وان للزوجة والولد حق الاتفاق منه واقرار الانسان فيما في يده معتبر فينتصب هو خصماً باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضاء منه الى المفقود (لان القاضي نائب عنه) اعترض عليه بان القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفظ ولا حظ في القبض للاتفاق على هؤلاء فلا يكون نائباً وأوجب بان القاضي نائب عنه في ايقاع ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ ولهذا جاز له أن يوفى ما عليه من الدين اذا علم بوجوده بخلاف المودع فانه نائب عنه في الحفظ فقط فان قلت اذا دفع المودع بغير أمر القاضي وجب أن لا يضمن لانه دفعها الى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك أوجب بان الدفع اليهم لا يوجب جوارحاً اذا كان للحفظ والدفع للاتفاق دفع لا تلافي

وان

واجب أن

لا يضمن لانه دفعها الى من في عيال المودع ولا ضمان عليه في ذلك أوجب بان الدفع اليهم لا يوجب جوارحاً اذا كان للحفظ والدفع للاتفاق دفع لا تلافي

وقوله (لان ما يدعيه للغائب) معناه أن الخصومة لا تسمع الا من المالك أو نائبه والمالك غائب ولان نائب له حقيقة لانه لم يوكل وهو ظاهر ولا حكا  
لان ما يدعيه للغائب لم يتعين له سبب الثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر لا مفعود) ولا يكون الثابت حكا الا في مثل  
ذلك وسيجيء تمامه في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) كلامه واضح وقصته من استهوته الجن أي حوته الى  
المهاوى وهي المها الشاروى عبد الرحمن بن أبي ليلى قال انما لقيت المفعود فحدثني حديثه (٣٧١) قال أكلت خبز را في أهلي فخرجت

فأخذني نفر من الجن فكثرت  
فيهم ثم بدالهم في عمتي  
فاعتقوني ثم أتوا بي قريبا  
من المدينة فقالوا أتعرف  
الخليل فقلت نعم فخلوا عني  
فخرجت فاذا عمر بن الخطاب قد  
أبان امرأتي بعد أربع سنين  
وحاضت وانقضت عدتها  
وتزوجت بخير في عمر رضى  
الله عنه بين أن يردها على  
وبن المهر قال مالك وهذا  
مما لا يدرك بالقياس فيحمل  
على المسموع من رسول الله  
صلى الله عليه وسلم (ولانه  
منع حقهها بالغيب فيفرق  
القاضي بينهما بعدمضى  
مدة اعتبارا بالايلاء والعنة)  
والجامع بينهما منع الزوج  
حق المرأة ورفع الضرر  
عنها فان العين يفرق بينه  
وبين امرأته بعدمضى سنة  
لرفع الضرر عنها وبين المولى  
وامرأته بعد أربع أشهر  
لرفع الضرر عنها ولكن عذر  
المفعود أظهر من عذر المولى  
والعنين فيتعين في حقه  
المدتان في التبرص بأن  
تجعل السنون مكان الشهور  
فتبرص أربع سنين (علا  
بالشبهين)

قوله (قال أكلت خبز را)

وان كان المودع والمدين جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحق  
النفقة خصم في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سبب الثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال  
تجب في مال آخر لا مفعود قال (ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق القاضي  
بينه وبين امرأته وتعد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت لان عمر رضى الله عنه هكذا قضى في الذي استهواه  
الجن بالمدينة وكفى به اماما ولا يمنع حقهها بالغيب فيفرق القاضي بينهما بعدمضى مدة اعتبارا بالايلاء  
والعنة وبعد هذا الاعتبار أخذ المأدوم منها الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين

قبل ذهابه أو جعل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لانه لا يجب أخذ الكفيل الا خصم وايس هنا خصم طالب هذا  
(فلو كان المودع والمدين جاحدين أصلاً) أي جاحدين لسلك من الوديعه والدين والنسب والزوجية (أو  
جاحدين النسب والزوجية) معترفين بالوديعه والدين وليس اظاهر من عند القاضي (لم ينتصب أحد من مستحق  
النفقة الزوجه أو الاب أو الابن) (خصم في ذلك) أي في اثبات الدين أو النسب أو الوديعه باقامة البينة على شيء  
من ذلك لان المودع والمدين ليسا خصم في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولا ما يدعيه للغائب سبباً من سبب الثبوت  
حقه الذي هو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر لا مفعود) وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله  
تعالى في أدب القاضي (قوله ولا يفرق بينه وبين امرأته) وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه  
وبينها وتعد عدة الوفاة ثم تزوج من شاءت لان عمر رضى الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة  
ولانه منع حقهها بالغيب) وان كان عن غير قصد منه (فيفرق بينهما القاضي بعدمضى مدة اعتبارا بالايلاء  
والعنة) فانه يفرق بينهما في مدة كذلك وهذا منه في الايلاء بناء على انه لا يوجب الفرقة بمجرد مضى  
المدة بل بتفرق القاضي عدها وبعد هذا الاعتبار أخذ في المدة الاربع من الايلاء والسنين من العنة بجامع  
دفع الضرر عنها (علا بالشبهين) وحديث الذي أخذته الجن رواه ابن أبي شيبة حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو  
عن يحيى بن جعدة أن رجلاً اتسفته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضى الله عنه فانت امرأته وعرفا امرها أن  
تبرص أربع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقها ثم أمرها أن تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت  
فان جاء زوجها خيراً بين امرأته والصدان وأخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن نوس بن خباب عن  
مجاهد عن الفقيه الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني الجن فكثرت أربع سنين ثم أتت امرأتى عمر  
الحديث بمعنى الاول وآخر جبه عبد الرزاق من طريق آخر وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت ردنا اليك امرأتك  
وان شئت وجنالك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطني  
وفيه ثم أمرها ان تعتد أربع أشهر وعشر اربع مائة في الموطأ أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال لما  
امرأة فقدت زوجها فلم تدركه فأتته فأتته أربع سنين ثم تعتد أربع أشهر وعشر اربع مائة وأسدان بن أبي

والدين والشكاح والنسب وهنا شرط الاقرار بما ليس بظاهر منها وليس هذا اختلاف الرواية فان تاويل  
ما ذكر في كتاب النكاح أنه لم يكن شيء منها ظاهر عند القاضي فقوله في الكتاب هو الصحيح اشارة الى هذا  
التاويل ونفي اختلاف الروايتين لان للقاضي ولاية القضاء بعلمه كما اذا أقرب بين يديه ثم غاب (قوله أخذ  
المأدوم منها الاربع من الايلاء) لشبهه به لان حقه في الجاه يغوث بصنعوه وهو السفر كما يغوث بغيره بصنعوه وهو

أقول بالعلماء المجمة (قوله وحاضت وانقضت الخ) أقول يبادر منه أن يكون اعتدادها بالخبر مع انه قال تعتد عدة الوفاة فلاولى حذف  
قوله وحاضت من البين (قوله وبين المهر) أقول أي اخذ مهر المثل من الزوج الثاني (قوله وبين المولى وامرأته) أقول في التركيب شيء إلا أن  
يقدر الفصل بعد الواو والعاطفة قوية لولا يفرق بين المولى ويكون العطف على جملة فان العنين الخ (قوله ولكن عذر المفعود أظهر الخ) أقول في  
أطرافه من عذر العنين تاماً اذ انه قال اقدامه مع عنته على التزوج بنقص من عذره (١) خ الخليل اه

(قوله ولنا) ظاهر وحاصله ان البيان في الحديث المرفوع الى النبي عليه الصلاة والسلام مجمل وقول علي رضي الله عنه خرج بيان ذلك المبهم (قوله) وعمر رضي الله عنه رجوع الى قول علي رضي الله عنه (رواه ابن أبي ليلى) (قوله ولاعتبر بالايلاء) جواب عن قياس مالك في صورة النزاع على الايلاء وهو ظاهر فان الايلاء اذا كان طلاقاً كان مزيلاً للمالك بخلاف المفقود فانه لم يظهر منه طلاقاً لا مجمل ولا مطلق (قوله ولا بالعنة) جواب عن القياس بالعنة وتقريره ان العنة بعد (٣٧٢) ما استمرت سنة كانت طيبة والطبيعة لا تحل فقات حقها على التابيد فيفرق بينهما

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى ياتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع ولان النكاح عرف بثبوته والغيبة لا توجب القرعة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجوع الى شبهة عن سعيد بن المسيب أن عمر وعثمان قال في امرأة المفقود تتر بص أو بع سنين ثم تعدأر بعثة أشهر وعشر أو أسند ابن أبي شيبة عن جابر بن زيد بندا كرا بن عروا بن عباس المفقود فقالا تتر بص امرأة أو بع سنين ثم يطلقها واولى زوجها ثم تتر بص أربعة أشهر وعشر قال المصنف (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة المفقود انها امرأته حتى ياتيها البيان) أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب حدثنا محمد بن شريحيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأته حتى ياتيها البيان وفي بعض نسخه حتى ياتيها الخبر وهو مضعف بمحمد بن شريحيل قال ابن أبي حاتم عن أبيه أنه يروي عن المغيرة منا كبيراً باطيل أو قال ابن القطان وسوار بن مصعب أشهر في المتروكين منه ثم عارض المصنف بقول علي قول عمر وهو ما روى عبد الرزاق أخبرنا محمد بن عبد الله العزمي عن الحكم بن عتيبة أن علياً رضي الله عنه قال في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى ياتيها موت أو طلاق أو نأبأ نأبأ عمر عن ابن أبي ليلى عن الحكم أن علياً عليه السلام قال أخبرنا ابن جريح قال بلغني ان ابن مسعود وفق علياً على انها تنظر أبدأ أو أخرج ابن أبي شيبة عن أبي قلابه وجابر بن يزيد الشامي والخفي كلهم قالوا ليس لها أن تترج حتى يستبين موته وقوله ولان النكاح الح الحاصل ان المسئلة تختلف بين الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين فذهب عمر الى ما تقدم وذهب علي رضي الله عنه الى انها امرأته حتى ياتيها البيان والشان في الترجيع والحديث الضعيف يصلح مرجحاً لا مثبتاً بالاصاله وما ذكر من موافقة ابن مسعود مرجح آخر ثم شرع المصنف في مرجح آخر فقال (ولان النكاح عرف بثبوته والغيبة لا توجب القرعة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك) وذكر أن عمر رضي الله عنه رجوع الى قول علي ذكره ابن أبي ليلى قال ثلاث قضايا ترجع فيها عمر الى قول علي امرأة المفقود وامرأة أبي كنف والمرأة التي تزوجت في عدتها وقولنا في الثلاث قول علي رضي الله عنه فامرأة المفقود عرفت وامرأة أبي كنف فكان أبو كنف طلعتا ثم راجعا ولم يعلمها حتى غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت فأتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال له ان لم يكن دخل بها فانت أحق بها وان كان دخل بها فليس لك عليها وسبيل فقدم على أهلها وقد وضعت القصة على رأسها فقال لهم ان لي اليها حاجة فلو ابيني ويديها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الامير بكتاب عمر فعرفوا انه جاء بامر بين وهذا أعني عدم ثبوت الرجعة في حقها اذ لم تعلم بها حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجوع الى قول علي ان مراجعتها باها صحيح وهي منكوحته دخل بها الثاني أولاً وأما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمرأة التي ينعي اليها زوجها فتعتد وتزوج وكان مذهبها اذا أتت زوجها حياً يتخير بين أن ترد عليه وبين المهر وقد صرح رجوعه الى قول علي وهو ان يفريق بينهما وبين الثاني ولها المهر عليه بما استحل من فرجها وترد الى الاول ولا الايلاء والسنة من العنة اذ حقها في الجماع فان سبب هو معذور فيه وهو الغيبة لانها مباح كافات حقها باللعنة وهو معذور فيه (قوله خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع) يعني قول علي رضي الله عنه حتى يستبين موت

بعد سنة دفعا للضرر عنها بخلاف امرأة المفقود فان حقها مرجع قبل مضي أربع سنين وبعدة (قوله واذا تم له) مائة وعشرون سنة) اختلفت روايات أصحابنا في مدة المفقود فروى الحسن عن أبي حنيفة انهما مائة وعشرون سنة من يوم ولده فاذا مضت هذه المدة حكمنا بوجوبه قيل وهذا يرجع الى قول أهل الطابع والنجوم فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحداً أكثر من هذه المدة وفي ظاهر الرواية يقدر بموت الاقران فانه اذا لم يبق أحد من أقرانه حياً حكم بموته لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطر يقضي الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادو ببناء الاحكام الشرعية على الظاهر دون النادر وهل يعتبر باقرانه في جميع الدنيا أو في الاقليم الذي هو فيه ذكرناه في شرح الفرائض السراجية وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة لان الظاهر أن لا يعيش أحد في زماناً أكثر من مائة سنة وقدر بعضهم بتسعين لانه متوسط ليس بغالب ولا نادر والايس وهو أقبل تفضيل للمفعول وهو القبس على طريق الشذوذ كقولهم اشغل من ذات قول

(قوله والطبيعة لا تحل الخ) أقول في كلامه اشارة الى ان قلنا في كلام المصنف لثني (قوله فطر يقه) أقول أي فطر يق معرفته (قوله وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر) أقول قوله وبناء مبتدأ وقوله على الظاهر خبره (قوله لا يقدر بشئ من المقدرات الخ) أقول من القدر لان القدرة (قوله لانه لم يقدر الخ) أقول لتعليل لتقييد شئ بقوله من المقدرات كالمائة والتسعين



قول على رضى الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا مجعلا فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالاعتبة لان الغيبة تعقب الاودة والعنة قبلما تحل بعد استمرارها سنة قال (واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال رضى الله عنه وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشئ والارفق أن يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت (و يقسم ماله بين ورثته

يقدر به حتى تنقض عدته من ذلك قال) ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا مجعلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا) وهذا على رأينا بان الوقوع به عند انقضاء المدة بالايلاء لا يتوقف على تزيق القاضي قال (ولا بالعنة) لان الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة (والعنة قبلما تحل بعد استمرارها سنة) فكان عودا للمنفوق أو رجى من زوال العنة بعدمضى السنة فلا يلزم أن يشرع فيه ما شرع فيها (قوله) واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته) قال المصنف رحمه الله (هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروى عن أبي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس أن لا يقدر بشئ) والارفق أن يقدر بتسعين) وجبر رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قلما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالاعمار ما قبل ان هذا يرجع الى قول أهل الطبائع فانهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحداً أكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح عليه السلام وغيره فيما لا ينبغي أن يذكر توجيهها للمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم أعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ بالاعمار السالفة للبشر بل لا يحل لاحد أن يحكم على أمة المسلمين انهم اعتمدوا في قولهم على أمرهم يعترفون ببطلانه ووجبون عدم اعتباره في شئ من الاشياء ووجه ظاهر الرواية انه من النادر أن يعيش الانسان بعد موت أقرانه فلا ينبغي الحكم عليه ثم اخلفوا فذهب بعض المشايخ الى أن الاعتبار بموت أقرانه من جميع البلاد وآخرون ان الاعتبار بموت أقرانه في بلده فان الاعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الاقطار بحسب اجوائه سبحانه وتعالى العادة ولذا قالوا ان الصقالية أطول أعمارا من الروم فانما يعتبر بأقرانه في بلده ولان في ذلك حرجا كبيرا في تعرف موتهم من البلدان بخلافه من بلده فانما فيه نوع حرج محتمل وأما المروى عن أبي يوسف فذكر عنه وجه يشبه أن يكون على سبيل المدافعة منه لهم قبل انه سئل عنه فقال أنا أبينه لكم بطريق محسوس فان المولود اذا كان بعد عشر بدور حول أبويه هكذا وعقد عشر فاذا كان ابن عشر من فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشر من فاذا كان ابن ثلاثين يستوى هكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن أربعين يحمل عليه الاثقال هكذا وعقد أربعين فاذا كان ابن خمسين يتخنى من كثرة الاثقال والاشغال هكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض للشيوخوخية هكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصاه هكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين تنضم أعضاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان مثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الجمل على طول العمر في المنقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره أن لا يجاوز المائة فقوله في المبسوط وكان محمد بن سلمة يفتي بقول أبي يوسف حتى تبين له خطؤه في نفسه فانه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا لخطئه لانه مبني على الغالب عنده وكونه هو خراج عن الغالب لا يكون مخطئا فيما أعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر

أو طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في الحديث المرفوع أن المراد من ذلك البيان ظهور موت المنفوق أو طلاقه (قوله) يقدر بموت الاقران) لان ما تقع الحاجة الى معرفته فطر يقفه الشرع الرجوع الى أمثاله كقيم المتلفات ومهر مثل النساء وبقاؤه بعد موت كل أقرانه نادر وبناء الاحكام الشرعية على الظاهر ويعتبر بموت أقرانه في بلده لان النقص عن حال الاقرار في كل البلدان متعذر (قوله) والاقيس أن لا يقدر

التسعين أن لا يقدر بشئ من المقدوات كالمائة والتسعين ولكنه يقدر بموت الاقران لانه لم يقدر بشئ أصلا لتعطيل حكم المنفوق والارفق أن يقدر بتسعين لانه أقل ما ذكر فيه من المقادير (قوله) واذا حكم بموته) ظاهر

(قوله) والارفق الى قوله لانه الخ) أقول في التعليل نوع قصور والاولى أن يضم اليه والتفحص عن حال الاقران انهم ماتوا أولا غير ممكن عادة كما صرح به العلامة السكاكي ولكن لا يخفى ان سلب الامكان انما يصح اذا اعتبر اقرانه في جميع البلدان ثم ذكر في شروح الفرائض السراجية انه ذهب بعضهم الى انها سبعون سنة لما ورد في الحديث المشهور في أعمار هذه الامة ففي تعليل الشارح بحث الان يقال المراد المقادير التي يعتد بها وهذه ليست كذلك فليست

وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي (٣٧٤) أي لا تصح الوصية بل توفى وذكر في الذخيرة وأوصى رجل للمفقود بشئ

الموجودين في ذلك الوقت) كأنه مات في ذلك الوقت معارضة إذا الحكمي معتبر بالحقيق (ومن مات قبل ذلك لم يرث منه) لأنه لم يحكم بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحد مات في حال فقده) لأن بقاءه حيافي ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق (وكذلك لو أوصى للمفقود ومات الموصي) ثم الأصل أنه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولا يكتفه ينتقص حقه به يعطى أقل الثمينين ويوقف الباقي وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى أصلاً بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الأجنبي وتصادقوا

وروي أنه عاش مائة سنة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد أنها تسعون سنة لأن الغالب في أعمار أهل زمانها هذا لا يصح الآن يقال إن الغالب في الأعمار الطوال في أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين بنوه على الغالب من الأعمار والحاصل أن الاختلاف مجاهد الأمن اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقاً فلا يقال شمس الأئمة الأليق بطريق الفقهاء لا يقدر بشئ لأن نصب المقادير بالأي لا يكون وهذا هو قول المصنف الأقيس الخ ولكن نقول إذا لم يبق أحد من أقرانه يحكم بموته اعتباراً بحاله بحال نظرته وهذا رجوع إلى ظاهر الرواية قال المصنف (والأرق) أي بالناس (أن يقدر بسبعين) وأرقق منه التقدير بسبعين وعندى الأحسن سبعون لقوله صلى الله عليه وسلم أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين فكانت المنتهى غالباً وقال بعضهم يفرض إلى رأى القاضي فأى وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كأنه مات فيه معارضة إذا الحكمي معتبر بالحقيق (قوله ومن مات منهم) أي ممن يرث المفقود (قبل ذلك) أي قبل أن يحكم بموت المفقود (لم يرث من المفقود) بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجوز مناسخة فقرته ورثته من المفقود (لأنه لم يحكم بموت المفقود بعد) وحسن مات هذا كان المفقود محكوماً بحياته كما إذا كانت حياته معلومة (ولا يرث المفقود أحد مات في حال فقده لأن بقاءه حيافي ذلك الوقت) يعنى وقت موت ذلك الأحسد (باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق) بل في دفع الاستحقاق عليه ولا جعلنا له حيافي حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده ميتاً في حق غيره فلا يرث هو غيره (وكذلك لو) أوصى له ومات الموصي في حال فقده قال محمد لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود يعنى يوقف نصيب المفقود الموصى له به إلى أن يقضى بموته فإذا قضى به جعل كأنه مات الآن وفي استحقاقه المال غيره كأنه مات حين فقده وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره (قوله ثم الأصل أنه إذا مات من بحيث يرثه المفقود كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود) حجب حرمان (ولكنه ينتقص حقه به يعطى) ذلك الوارث (أقل نصيبه ويوقف الباقي) حتى يظهر حياة المفقود أو موته أو يقضى بموته (وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى) لذلك الوارث شئ (بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن أو ابنة ابن والمال) الموروث (في يد أجنبي وتصادقوا) أي الأجنبي

بشئ لأن نصب المقادير بالأي لا يكون ولا نص فيه والاصوب الإرفق أن يقدر بتسعين لأنه هو الغاية في زماننا والحياة بعده نادرة ولا عبرة للنادر (قوله ولا يرث المفقود أحد مات في حال فقده) وحاصله أنه حتى في حق نفسه فلا يقسم ماله بين ورثته كالوفاة حياته ميت في حق غيره حتى لا يرث أحد إلا حياته تثبت بالاستصحاب فإنما علمنا حياته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واستصحاب الحال يصلح لبقاء ما كان على ما كان لا ثبات ما لم يكن ثابتاً في الامتناع عن قسمته ماله بين ورثته بقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من الغير اثبات أمر لم يكن ثابتاً ولأن حياته باعتبار الظاهر وهو يصلح حجة دفع الاستحقاق لا للاستحقاق فلا يستحق به ميراث غيره ويدفع استحقاق ورثته ماله ومعنى قولنا لا يرث المفقود أحد أن نصيب المفقود من الميراث لا يصير ملكاً للمفقود أما نصيب المفقود من الأثر فوقف لأن حياة المفقود محتملة والمحملة يكنى للوقوف كافي الخن فإن ظهر حياء علم أنه كان مستحقاً وإن لم يظهر حياء حتى بالغ تسعين سنة؛ وأوقف له برده على ورثته صاحب المال يوم مات صاحب المال كالموقوف للخنين إذا انفصل الخنين ميتاً (قوله والمال في يد الأجنبي وتصادقوا)

فأى لا أقضى بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود لأن الوصية أخت الميراث وفي الميراث تجب حصص المفقود إلى أن يظهر حاله فكذلك في الوصية والأصل المذكور في الكتاب ظاهر (قوله وتصادقوا) أي الورثة المذكورون والأجنبي وإنما قيد بالتصادق لأن الأجنبي الذي في يده المال إذا قال قد مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفع الثلثين إلى البنين لأن أقرأ ذى البد فبما في يده معتبر وقد أقر بان ثلثي ما في يده لهما فيجبر على تسليم ذلك إليهما وقول أولاد الابن أبونا مفقود لا يمنع إقرار ذى البدل عنهم لا يدعون لأنفسهم شيئاً بهذا القول ويوقف الباقي على يدهى البدن حتى يظهر مسقطه هذا إذا أقر من في يده المال أمالو جحد أن يكون المال في يده للميت فأقامت البنات البينة أن أباهما مات وترك المال ميراثاً لهما ولا خيهما المفقود فإن كان حياً فهو الوارث معهما وإن كان ميتاً فوله الوارث معهما فإنه يدفع إلى البنين النصف لأنهما بهذه البينة تثبتان الملك لبيهما في هذا المال والاب ميت واحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت في إثبات الملك له بالبينة وإذا ثبت ذلك يدفع إليهما المتبقين وهو النصف ويوقف

النصف الباقي على يد عدل لأن الذى في يده جحد وهو غير مؤتمن عليه وإنما قيد بقوله والمال في يد أجنبي لأنه إذا كان في يد ابنتين على

والمسئلة بحالها فان القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود ومراعاة هذا اللفظ انه لا يخرج شيئا من أيديهم لان النصف صار بينهما يقين والنصف الباقي للمفقود من وجه ويريد بقوله ولا يقف منه شيئا للمفقود أن لا يجعل شيئا في يد الابنتين ملكا للمفقود على الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد ولدي الابن المفقود فطلبت البنات ميراثهما (٢٧٥) واتفقوا على أن الابن مفقود فانه

تعطى البنات النصف وهو أدنى ما يصيبهما وترك الباقي في يد ولدي الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لغيرهما لان مقتدرنا الابن المفقود ميتا كان نصيبهما الثلثين فكان النصف متيقنا به قوله (ونظير هذا) يعني المفقود المثل في حق توقف النصف فانه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى وقد ذكرناه في الرسالة وشرحها وشرح الفرائض السراجية في علم الفرائض قوله (ولو كان معه) أي مع المثل (وارث آخر) ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحل يعطى كل نصيبهما اذا ترك امرأة حاملا واحدة فان للجنة السدس لانه لا يتغير فرضها بالحل وكذلك اذا ترك ابنا وامراة حاملا فان المرأة تعطى الثلث لانه لا يتغير فرضها وان كان ممن يسقط بالحل لا تعطى كابن الابن والاخ والعم فانه لو ترك امرأة حاملا وأخا أو عملا يعطى الاخ والعم شيئا لان من الجائز أن يكون المثل ابنا فيسقط معه الاخ والعم فلما كان ممن يسقط بحال كان أصل الاستحقاق له مشكوكا فلا يعطى شيئا لذلك

على فقد الابن وطلبت البنات الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به (توقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك) ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة) ونظير هذا المثل فانه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى

والورثة) على فقد الابن وطلبت البنات الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به (لان أخاهما المفقودان كان حيا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فتعطيان) (وتوقف النصف الآخر) في يد الاجنبي الذي هو في يده (ولا يعطى ولد الابن شيئا) لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي (الا اذا ظهرت منه خيانة) بان كان أنكران للميت عندهما لا حتى أقامت البنات البينة عليه فقضى به لان أحد الورثة ينتصب دعما عن الباقي فانه حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ووضع في يد عدل لظهور خيانتهم ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الاجنبي الذي في يده المال مات المفقود قبل أبيه فانه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما في يده وقد أقر أن ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول أولاد الابن أو نونا وعنه ما عقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيئا ويوقف الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البنتين واتفقوا على الفسخ لا يحول المال من موضعه ولا يؤخر حتى للمفقود بل يقضى للبنتين بالنصف ميراثا وتوقف النصف في أيديهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود جادف الميراث وان ظهر ميتا أعطى البنات سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت البنات مات أخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في أيديهما أعطيتا الثلثين وتوقف الثلث لانهم في هذه يدعيان الثلثين والمال في أيديهما فان ظهر حيا فانه أخذ منهما السدس له ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا انه مفقود يعطى البنات النصف لانهما ادعيانه بالاقرار بفقدوه وتوقف النصف الآخر في يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود أن أباهما مات لم أرفع اليهما شيئا حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه أو بعده فاذا قامت على موته له يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت على هذا مات عن بنتين وأولاد ابن وان قامت عليه بعده يعطى لهم النصف لان الميت مات عن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف (ونظيره) أي في وقف الميراث عند الشك في المصيب (المثل فانه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى) واحتراز به عاروي عن أبي حنيفة انه توقف له ميراث أربيع بنين لمسا قال شريك رأيت بالكوفة لابي

على فقد الابن) أي تصادق الورثة المذكورون والاجنبي وانما قيد بالتصادق لانه اذا قال الاجنبي الذي في يده المال قدام المفقود قبل ابنتيه فانه يجبر على دفع الثلثين الى الابنتين لان اقرار ذي السدس فيما في يده معتبر وقد أقر بان ثلثي ما في يده للابنتين يجبر على تسليم ذلك اليهما ولا يمنع محبة اقراره بقول أولاد الابن أو نونا مفقود لانهم لا يدعون لانفسهم هذا القول شيئا ويوقف الباقي على يد ذي اليد حتى يظهر مستحقه هذا اذا أقر من في يده المال أو مالو بحد أن يكون للميت مال في يده فاقامت البنات البينة أن أباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما ولا أخيهما المفقود فان كان حيا فهو الوارث. معهما وان كان ميتا فولد الوارث معهما فانه يدفع الى الابنتين النصف لانهما هذه البينة تثبتان الملك ليهما في هذا المال والاب ميت وأحد الورثة ينتصب خصما عن الميت في اثبات الملك له بالبينة فاذا ثبت ذلك يدفع اليهما المتيقن وهو النصف وتوقف النصف الباقي على يد عدل لان الذي في يده جرد فهو غير مؤتمن عليه هذا اذا كان المال في يد اجنبي وأما لو كان في يد الابنتين والمسئلة بحالها فان القاضي لا ينبغي له أن يحول المال من موضعه ولا يقف منه شيئا

قال المصنف (ولا ينزع من يد الاجنبي الخ) أقول وفي العقار خلاف سياق في فصل القضاء بالمواريث اذا جحد من في يده والظاهر أن المراد هنا بالخيانة ما هو غير المحمود وان كان المفهوم من كلام بعض الشارحين انها هو ههنا (قوله لو ترك امرأة حاملا وأخا الخ) أو عما نول لم يذكر ابن الابن ههنا لانه علم حاله آنفا ما ذكره في المفقود

وان كان ممن يتغير به يعطى  
الاقل المتيقن به كالزوجة  
والام فانه ان كان الحمل حيا  
ترب الزوجة الثمن والام  
السدس وان لم يكن حيا  
فهما تربان الربع والثالث  
فتعطيان الثمن والسدس  
للتيقن كافي المفقود يعنى انه  
اذا مات الرجل وترك جدة  
وابنا مفقودا فالجدة السدس  
كما ذكرنا في الحمل لانه  
لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك  
أخا وابنا مفقودا لا يعطى الا  
شيا وكذلك لو ترك أما وابنا  
مفقودا فانه ان كان المفقود  
حياتة تحقق الام السدس  
وان كان ميتا تسحق  
الثالث كفى الحمل والله أعلم  
\*(كتاب الشركة)\*  
مناسبة ترتيب الابواب  
المارة انما ساقط الى ههنا على  
الوجوه المذكورة ولما  
كان للشركة مناسبة خاصة  
بالمفقود من حيث ان نصيب  
المفقود من مال مورثه يختلط  
بنصيب غيره كاختلاط المالكين  
في الشركة كذا كرها عقبيه  
وهي عبارة عن اختلاط  
نصيبين فصاعدا بحيث لا  
يعرف أحد النصيبين من  
الاخر ثم سمي العقد  
الخاص بهما وان لم يوجد  
اختلاط النصيبين لان  
العقد سببه

\*(كتاب الشركة)\*

(قوله) وهي عبارة عن  
اختلاط نصيبين (الخ) أقول  
فيه تسامح فان الاختلاط  
صفة النصيب والشركة  
صفة صاحب النصيب

ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل  
لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كافي المفقود وقد شرحتنا في كفاية المنتهى بأنهم من هذا  
والله أعلم  
\*(كتاب الشركة)\*

المعجل أر بع بنين في بطن واحد وعما من محمد ميراث ثلاثة بنين وفي أخرى نصيب ابنين وهو رواية عن أبي  
يوسف وعن أبي يوسف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى (ولو كان مع الحمل وارث آخر لا يسقط بحال ولا يتغير  
بالحمل) يعطى كل نصيبه للتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامراة حاملات يعطى المرأة الثمن (وان كان ممن  
يسقط بالحمل لا يعطى) شيا (وان كان ممن يتغير يعطى الاقل للتيقن به) مثاله ترك امراة حاملات وجدة تعطى  
السدس لانه لا يتغير لها ولو ترك حاملا وأخا وعملا لا يعطى شيئا لان الاخ يسقط بالابن وحيث ان يكون الحمل ابنا  
فكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان أصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيئا ولو ترك حاملا وامراة وزوجة  
تأخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا أخذت الام الثالث أو حيا أخذت السدس والزوجة الثمن لانه  
لو كان ميتا أخذت الربع والله الموفق للصواب  
\*(كتاب الشركة)\*

هو باسكان الزاء في المعروف أو رد الشركة عقيب المفقود تناسبه ما وجبه من كون مال أحدهما أمانة في يد  
الاخر كأن دل المفقود أمانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كالمات مورثه وله وارث  
آخر والمفقود حي وهذه مناسبة خاصة بينهما والاولى عامة فيهما وفي الاخرى والاقط واللقطة على اعتبار وجود  
مال مع الاقط وانما قدم المفقود عليها وأوله الا باق لشمول عرضية الهلاك كالمات من نفس المفقود والاخر  
وكأن بعضهم يخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال لأن المال على عرضية التوى وحاصل بحاسن الشركة  
ترجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خاط النصيبين بحيث لا يتغير أحدهما وما قيل انه اختلاط  
النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أن شركه شرك فظهر أنهم يفعل  
الانسان وفعله الخلط أو ما الاختلاط فصغة تثبت للمال عن فعله مما ليس له اسم من المادة ولا يظن أن اسمه  
الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشتراك الرجلان فاعمال من الشركة ويعدى الى المال بحرف  
في فقال اشتراك في المال أي حقا الخلط فيه فالمال مشترك فيه أي يتعلق به اشتراكهما أي خلطهما وروى كنهان في  
شركة العين اختلاطهما وفي شركة العقدة المقيده هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط

للمفقود ومراة بهذا الاقط أنه لا يخرج شيئا من أيديهم ما لان النصف صار بينهما يتيقن والنصف الثاني  
للمفقود من وجهه ويريد بقوله ولاية منه شيئا للمفقود أي لا يجعل معاني بدل اثنين ملكا للمفقود على  
الحقيقة وكذلك لو كان المال في يد واحد من الابن المفقود من غير أن يقضى به لهما ولا لانيهما لانه لا يدري من  
المحقق لهذا الباقي كذا في النهاية وفي آخره كذا في المبسوط والخبر (قوله ولو كان مع وارث) أي  
مع الحمل وارث (قوله ولا يتغير بالحمل) يعطى كل نصيبه حتى اذا ترك امراة حاملات وجدة فالجدة السدس  
لانه لا يتغير نصيبها وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وذلك كبن الابن أو الاخ أو العم حتى انه لو ترك  
امراة حاملات وأخا وعملا لا يعطى الاخ والعلم شيا لان من الجائز أن يكون الحمل ابنا يسقط معه الاخ والم وان  
كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كالزوجة والام فانه ان كان الحمل حيا ترب الزوجة الثمن والام  
السدس وان لم يكن حيا فهما تربان الربع والثالث فتعطيان الثمن والسدس للتيقن كافي المفقود وهو انه  
اذا مات الرجل وترك جدة وابنا مفقودا فالجدة السدس كما ذكرنا في الحمل لانه لا يتغير نصيبها وكذلك لو ترك  
أخا وابنا مفقودا لا يعطى الاخر شيئا وكذلك لو ترك أما وابنا مفقودا فانه ان كان المفقود حيا تسحق الام  
السدس وان كان ميتا تسحق الثلث كفى الحمل والله أعلم بالصواب  
\*(كتاب الشركة)\*

هي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الاخر ثم يطلق اسم الشركة على

(الشركة جائزة) لأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقرروهم عليه قال (الشركة ضريبة بان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين برئها جلان أو يشترى بانها فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بأذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالأختى) وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما إذا اتهم برجلان عينا أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع أحدهما أو بخلطهما

فاذا قبل شركة العقد بالاضافة فهي اضافة بيانية (قوله الشركة جائزة الى آخره) قبل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الاصلى الذى هو شركة العقود وقوله تعالى وان كثيرا من الخلل ما من أى من المشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع أنه حكاية قول داود عليه الصلاة والسلام اخبار الخصمين عن شريعتهم اذ ذلك فلا يلزم استمراره في شريعتنا وأما السنة فخافى أبي داود وابن ماجه والحاكم عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكى في الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى وروى أحمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب عن مجاهد عن السائب أن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام مزحجا بآخى وشريكى كان لا يدارى ولا يمارى يا سائب قد كنت تعمل أعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهى اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصداقة واسم السائب صفي بن عاذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه انه كثير الاضطراب فنهى من يرويه عن السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم من يرويه عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت به شيء ولا تقوم به حجة انما يصح اذا أراد الخطة في تعيين الشريك من كان أمانا غرضنا وهو ثبوت مشاركتة صلى الله عليه وسلم فتأبى على كل حال قال ابراهيم الحارثي في كتابه غير باب الحديث يدعى مهموز في الحديث أى يدافع ثم ايراد المشايخ هذا انما يفيد أن الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل اعنى أنه بعث وهم بنشأ يكون فقرهم ومفيد الجزء الثانى ما فى أبي داود ومستدرك الحاكم عن أبي هريرة رضى الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى أنا نأتم الشريك مالم يكن أحدهما صاحبه فإذا تخلفا خرجت من بينهما مازاد رزق وجاء يد الشيطان وضعفه القطن بجهالة والدأبى حيان وهو سعيدان الرواية عن أبي حيان عن أبيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن أبي حيان مرسل ورواه الدارقطني يد الله على الشريك مالم يكن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنه مالا شك أن كون الشركة مشروعة أظهر ثبوتها عليه بنوعها من هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلذلك لم يرد المصنف على ادعاء نقر بره صلى الله عليه وسلم عليها (قوله الشركة ضريبة بان شركة أملاك وشركة عقود فشركة الأملاك العين برئها جلان أو يشترى بانها) وظاهر هذا الجمل من القدورى القصر فذكر المصنف أن لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما إذا اتهم عينا أو ملكاها بالاستيلاء بان استولى على مال حربي أو ملكاها بالاستيلاء أو اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما بان انفتح كسهما المتجاوران فاختلف ما فيهما أو اختلط بخلطهما خالطت التميز كالخطة بالخطة أو يتعسر كالخطة بالشعر ولو قال العين يملكها كان شاملا الآن بعضهم ذكر من شركة الأملاك الشركة في الدين فتقبل مجاز لان الدين وصف شرعى لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا وإذا جاز به من عليه وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم تجز من غير من عليه والحق ما ذكرنا من ملكه ولذا ما منع من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى أحدهما شيئا كان لا يتخلل جوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول هذا الذى أخذته حصتى وما بقى على المديون حصتك ولا يصح من المديون أيضا أن يعطيه شيئا على أنه قضاه أو أخرا قالوا والحيلة في اختصاص الأخذ

العقد وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب الاختلاط وشرعيتها بالسنة فانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يباشر ونها فقرروهم عليه واجماع الامة والمعقول فهي طريق ابتغاء الفضل وهو مشروع

والشركة جائزة لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون بها فقرروهم عليه وتعاملها الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكبير منكر وهى على ضربين شركة أملاك وشركة عقود وكلامه

ظاهر

قال المصنف (فشركة الأملاك العين) أقول أى شركة العين فالمضاف مقدور قال المصنف (برئها جلان أو يشترى بانها) أقول قوله برئها صفة العين كقوله تعالى كمثل الجار يحمل أسفارا قوله ابن خنيم يضم الخاء كما فى أسماء الرجال لابن جبراه

خلط يمنع التمييز رأساً أو لا يخرج ويجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه  
بغير اذنه في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى (والضرب الثاني  
شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول وهو أن قول أحدهما شاركك في كذا وكذا أو يقول الآخر قبلت

بما أخذ دون شريكه أن يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة أنه لا يجوز أن  
يتصرف في نصيب شريكه إلا بامره لأن كلاهما في نصيب الآخر كالأجنبي عن الشركة لعدم تضمينها وكألة  
وأنه يجوز له أن يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور (و) أما (من غير الشريك) فيجوز بغير اذنه في  
جميع الصور إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز (بيع أحدهما نصيبه من غير الشريك) (الإاذن  
الشريك) قال المصنف (وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى) وحقيقة الفرق ما أشار إليه في الفوائد الظهريّة  
وهو أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بان اشترايا حصة أو ورثاها كانت كل حصة مشتركة بينهما  
فبيع كل منهما نصيبه شائعاً تزم من الشريك والأجنبي بخلاف ما إذا كانت بالخلط والاختلاط لأن كل  
حصة تلوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر حقها شركة فإذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على  
تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسليم  
وأما ما ذكر شيخ الإسلام من أن خلط الجنس بالجنس تعدى سبب لزال الملك عن المخلوط ماله إلى الخلط فإذا  
حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتاً من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد زائلاً إلى الشريك في حق  
البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فإن تمام السبب فيه  
هو التعدى فعند عدمه لا يثبت من وجه ولا لكأن جميع المسيمات ثابتة من وجه قبل اسبابها وأيضاً  
فالزوال إلى الخلط عيناً لا إلى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلاً إلى الشريك الآخر عند  
البيع من الأجنبي بل المترتب عليه اعتباره زائلاً إلى الشريك الخلط عيناً فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما  
زائلاً إلى الشريك في البيع من الأجنبي بل اعتبار نصيب غير الخلط فقط إذا باع من الأجنبي وانما قلنا أن تمام  
السبب التعدى لأن الخلط لا يظهر أثره في ذلك وانما يتبين به أي تعدى السبب في زوال الملك في هذا المال  
فيقال التعدى في خلطه (قوله والضرب الثاني شركة العقود وركنها الإيجاب والقبول) ثم فسرهما المصنف  
بقوله (وهو أن يقول أحدهما شاركك في كذا وكذا أو يقول الآخر قبلت) أي في كذا من المال وفي كذا من  
التجارات البزاية أو البقالية في العنان أو في كل مالى ومالك وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كغفل  
عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتى وليس اللفظ المذكور  
بلازم بل المعنى ولهذا الودع الغالى رجل وقال أخرجهما واشترهما كان من ربح فهو بينهما وقبل الآخر أو  
أخذها وفعل انعقدت الشركة كنو يندب الاشهاد عليها وذكر محمد رحمه الله كغنية كاتبها فقال هذا ما اشترك  
عليه فلان وفلان اشترى كعلى تقوى الله تعالى وأداء الأمانة ثم بين قدر رأس مال كل منهما ويقول وذلك كله  
في أيديهما يشترى به ويبيعان جميعاً وشقي ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وإن ملكه  
كل بطلق عقد الشركة الآن بعض العلماء يقول لا عليك واحد منهما إلا بالتصريح به فله عز عنه يكتب هذا  
ثم يقول قسما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس أموالهما وما كان من وضعية أو تبعة فكذلك ولا  
خلاف إن اشتراط الوضعية بخلاف قدر رأس المال باطل واشتراط الربح متغاوتاً عندنا صحيح فيما سبذكر  
فإن كانا شرطاً التفاوت فيسه كتابه كذلك ويقول اشترى كعلى ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاويج

بالكتاب (قوله خلط يمنع التمييز رأساً) خلط البر بالبر والأجبرج خلط الخطة بالشعير (قوله وقد بينا  
الفرق في كفاية المنتهى) والفرق وهو أن خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدى سبب لزال الملك من  
المخلوط إلى الخلط فإذا حصل بغير تعدى يكون سبب الزوال ثابتاً من وجه فاعتبر نصيب كل زائلاً إلى الشريك  
في حق البيع من الأجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك كأنه يبيع ملك نفسه عملاً بالشهين وهذا

وقوله (خلط يمنع التمييز  
رأساً) خلط الخطة بالخطة  
أو الإيجرج خلطها بالشعير  
وقوله (فإنه لا يجوز)  
يعنى البيع (من الأجنبي)  
الإاذن شريكه وقوله (وقد  
بيننا الفرق في كفاية المنتهى)  
قبل الفرق أن خلط الجنس  
بالجنس على سبيل التعدى  
سبب لزال الملك عن المخلوط  
إلى الخلط فإذا حصل بغير  
تعدى كان سبب الزوال ثابتاً  
من وجه دون وجه فاعتبر  
نصيب كل واحد زائلاً إلى  
الشريك في حق البيع  
من الأجنبي غير زائل في  
حق البيع من الشريك  
كأنه يبيع ملك نفسه عملاً  
بالشهين

وقوله (قابلا لوكالة) احتراز عن الشركة في التكدي والاحتشاش والاحتطاب والاصطباد فان الملك في هذه الصور يقع لمن باشر سببه خاصا لا على وجه الاشتراك أي شركة العقود كلها متضمنة للعقد الو كالة ثم شركة المفاوضة من بينها مخصوصة بفتح عين عقد الكفالة ثم على تفهين هذه العقود الكفالة بقوله (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطالب منه) أي من عقد الشركة وشرح هذان هذه العقود انما تضمنت الوكالة لان من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركا بينهما الا أن يكون كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في النصف وفي النصف عاملا لنفسه حتى يصير المستفاد مشتركا بينهما فصار كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه يقتضي عقد الشركة وقوله ثم هي أربعة أوجه ذكر في وجه الحضر على ذلك ان الشريكين اما أن يذكرا المال في العقد أو لا فان ذكرهما فإن يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال في رأيه ووجهه أولا فان لم يلزم فمضى المفاوضة والا فالتساوي وان لم يلزم فمضى المفاوضة وان لم يلزم فمضى المفاوضة وان لم يلزم فمضى المفاوضة

وشروطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا لوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطالب منه (ثم هي أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجود فاما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما موافقا لهما (لأنها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق اذ هي من المساواة قال فانهم لا يصلح الناس فوضي لاسراة لهم \* ولا سراة اذا جهلهم سادوا

كي لا يدعى احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الا خرقا لهذا التار يخ (قوله وشروطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا لوكالة) وعقد الشركة منصوب على المصدر معمول بالعقد وكل صور عقود الشركة يتضمن الو كالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك (ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه) أي حكم عقد الشركة (المطوب منه) وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلًا عن صاحبه في النصف وأصيلًا في النصف الا أن لا يكون المستفاد مشتركًا كالاختصاص المشتري بالمشتري واحترازه عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطباد فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب (قوله ثم هي) أي شركة العقود على (أربعة أوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجود) قيل في وجه الحصر ان العقد اما أن يذكر فيه مال أو لا وفي الذ كراما أن تشترط المساواة في المال ور بوجه وتصرفه ونفعه وضرره أولا فان شرط ذلك فهو المفاوضة والافهوا العنان وفي عدم ذكر المال اما أن يشترط العمل في مال الغير أو لا فالاول الصنائع والثاني الوجود وقيل عليه أنه يقتضي أن شركة الصنائع والوجود لا يكونان مفاوضة ولا عناما وليس كذلك كما سئذ كره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان أبو جعفر الطحاوي وأبو الحسن الكرخي حيث قالوا الشركة على ثلاثة أوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجود وكل منهما على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتي البيان ان شاء الله تعالى (قوله فاما شركة المفاوضة فهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما موافقا لهما) ويكون كل منهما وكيلًا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهده ما يشتر به كإيجاره وكيل عنه (لأنها شركة عامة) يفوض كل منهما إلى صاحبه على العموم (في التجارات) والتصرفات لان الفوضو الشركة والمفاوضة

أولى من عكسه لان التصرف مع الشريك أسرع نقذا من التصرف مع الاجنبي بدليل جواز تملك معق البعض من الشريك دون الاجنبي وكذا اجارة المشاع من الشريك جائزة بخلاف الشركة الحاصلة بالمراث وما يجري مجراه لانه لم يوجد بعد ثبوت الملك لكل واحد منهما سبب الزوال بوجه فكان ملك كل واحد منهما قائما في نصيبه من كل وجه فجاز بيع نصيبه من الشريك ومن الاجنبي كذا في مبسوط شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى ولان الشركة اذا كانت من الابتدائية بينهما ان اشتراحتة أو ورثاها كان كل حصة يشار اليها مشتركة بينهما فيبيع أحدهما نصيبه منها مشاعا فهو جائز سواء كان يبيع من صاحبه أو من الاجنبي أما اذا كانت الشركة بينهما بسبب الخلط أو الاختلاط فكل حصة يشار اليها ليست مشتركة بينهما لان تلك الحصة بجميع أجزائها تكون لأحدهما لا محالة من غير اشتراك فيها فلا يجوز البيع في هذه الصورة من الاجنبي لانه لا يقدر على تسليم نصيبه منها لاجزأ ولا كلاً لما أن كل حصة ليست مشتركة بينهما فيتوقف جواز بيعه من الاجنبي الى اذن شريكه لا اختلاط المبيع مع غيره أما اذا كان يبيع من صاحبه فيمكن التسليم فيجوز الى هذا أشار في الفوائد الظهيرية في كتاب القضاء (قوله وشروطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا لوكالة) لان كل واحد من الشريكين يكون وكيلًا عن الآخر في نصيب ما يشتر به ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما وما لا يقبل الو كالة كالاصطباد والاحتطاب يكون المستفاد فيه للعامل ولا يقع مشتركا فلا يتحقق حكمه المطالب منه وهو الشركة في المال فلهذا لم تصح الشركة فيه (قوله لا يصلح الناس فوضي البيت) أي لا تصلح أموال الناس حال كونهم متساوين اذ لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم اذا كانوا متساوين تفقد المنازعة بينهم لانه اذ لم يكن فيهم أمير مطاع في أمره ونهيه كان كل واحد منهم



في مال الغير أو لافالاول الصنائع والثاني الوجوه ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساوين إذا لم يكن لهم أمراء وسادات فانهم إذا كانوا متساوين تحقق المنازعة بينهم (٣٨٠) والسرقة جمع السرى وهو جسر عز لا يعرف غيره وقيل هو اسم جمع للسرى

أي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك أحدهما تصرفه فلا يملك الآخر لغات التساوي وكذلك في الدين لما بين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استعسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة

المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فم التساوي في ذلك ولا يخفى أن قول المصنف اذهى من المساواة تساهل لانها مادة أخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التعويض أو الغرض الذي منه فاض الماء اذا عم وانتشر وانما أراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الاذوه الاودي

لا يصلح الناس فوضي لاسرة لهم \* ولا سرقة اذا جعلها لهم سادوا  
وبعد اذ اقول سرقة الناس أمرهم \* فمأهلي ذلك أمر القوم وازدادوا  
وقيل بعد نهدي الامور باهل الرأي ما صلحت \* فان تولت فبالجهايل ابتداء

ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا يغذ صراده كيف كان تحققت المنازعة كافي قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا والسرقة جمع سرى وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب في راكب والسرى فعل جسر على فعله بالغير يرك وأصله سرقة تحركت الواو وانفتح ما قبلها فقلت ألقاف صار سرقة وأصل سرى سر نواجعتا وسبقت احدهما بالسكون فقلت الواو اياه ثم ادغمت في الياء وسبقت وجه المساواة (فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء) عند عقد الشركة (وانتهاء) أي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما أن يفسخه اذا شاء فكان لبقائه حكم الابتداء فيما منع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة أحدهما قبل الشراء ففسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الى المشتري فانما تغير سعر رأس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشترى بجميع مال أحدهما ثم فضل مال الآخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتحقق فيلزم باشتراطه سرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف المشتري صار نصف الثمن مسقعا عليه لصاحبه ونصف مالم يستحق به لصاحبه غير أنه لا يشترط اتحادهما صفقة فلو كان لأحدهما دراهم سود وللاخر مثلهما يرض وقبضتهما متساوية صححت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لأحدهما ألف وللاخر مائتي دينار وقبضتهما ألف صححت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث أحدهما دراهم أو انتمها تنقلب عناناً ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والنانير والغلوس على قولهم ادون العروض ولو كان لأحدهما ودعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صححت الى أن يقبضه فاذا قبضه ففسدت وصارت عنانا ولذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك أحدهما تصرفه فملكه الآخر فان التساوي وكذا في الدين لما بين عن قريب (قوله وهذه الشركة جائزة في قول أصحابنا رحمه الله استعسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما للمفاوضة) وهذا

مستقلا برأيه فتحقق المنازعة ولا سادة اذا ساد الجهايل (قوله فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء) لان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منهما ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء عقد المفاوضة اشترطت المساواة فكذا في الانتهاء (قوله والمراد به ما تصح الشركة فيه) أي ما يصلح لرأس مال الشركة كالدراهم والنانير ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح الشركة فيه أي ما لا يصلح لرأس مال الشركة كالعروض والعقار والديون (قوله وقال مالك رحمه الله لا أعرف ما للمفاوضة) وهو

وقوله فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء أما ابتداء فظاهر بناء على ما ذكر من مأخذ اشتقاقه وأما انتهاء فلان المفاوضة من العقود الجائزة فان لكل واحد منها ولاية الامتناع بعد عقد الشركة فكان لدوامها حكم الابتداء وفي ابتداء المفاوضة تشترط المساوات فكذا في الانتهاء (وقوله وذلك) أي تحقيق المساواة في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والديون والعقار حتى لو كان لأحدهما عروض أو ديون على الناس لا تبطل المفاوضة تالم تقبض الديون وقوله (كل ذلك بانقراده فاسد) أي كل من الوكالة والكفالة في المجهول فاسد حتى لو وكل رجلا وقال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب كان فاسدا وكذلك الكفالة للمجهول بالمعلوم باطل فالكفالة للمجهول بالمجهول أولى بالبطلان فان قيل الوكالة العامة جائزة كما قال المصنف (وكذا في التصرف) أقول عطف على قوله وذلك في المال قال المصنف (وكذا في الدين) أقول عطف على قوله وذلك في المال (قوله لما بين ان شاء الله تعالى) أقول إشارة

الى قوله ولا بين المسلم والكافر المصنف (وقال مالك لا أعرف ما للمفاوضة) أقول قال في الكافي وهو تناقض لأنه اذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد اذا تصديق بلا تصور وردها بان قوله لا أدري ما يكون حكما بالفساد ولا بالجواز حتى يلزم التناقض اه وفيه بحث

وجه القياس أنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراد فاسد وجه الاستحسان  
قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فإنه أعظم للبركة وكذا الناس يعاملونهم من غير تكبير وبه يترك القياس

لا يلزم تناقض به كما قبل إذا لم يعرفها كيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد  
والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع وما لا وجود له شرعا لا محالة وقد حكى عن  
أصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي أن يفوض كل من ماله إلى الآخر التعريف في غيبته وحضوره وتكون  
يده كده غير أن لا يشترط التساوي في المسالين ومن روى عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره  
الشيخ أبو بكر الرازي (وجه) قوله ما هو وجه (القياس) أنها تضمنت الوكالة (بشراء) (بمجهول الجنس و  
الكفالة بمجهول وكل بانفراد فاسد) ولو قال وكتبتك بشراء عبد أو ثوب لم يحز حق بين نوعه وصفته ولو  
كفل لمن سببته بما يلزمه لا يصح فاجتمعتا فزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كولو قال لا تحز وكتبتك  
في ماله أصنع فيه ما شئت حتى يجوز له أن يفعل فيه ما شاء قلنا العموم غير مراد فإنه لا يثبت كل في شراء  
طعام أهل الآخر وكسوتهم فإذا لم يكن عاما كان نو كيا بمجهول الجنس (وجه الاستحسان) أمران أحدهما  
(ما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فاوضوا فإنه أعظم للبركة) أي أن عقد المفاوضة أعظم للبركة وقوله  
صلى الله عليه وسلم إذا فاضت فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث أصلا والله أعلم به ولا  
يثبت به حجة على الخصم وإنما أخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن أبيه قال قال رسول الله  
صلى الله عليه وسلم ثلاث فهن البركة البيع إلى أجل والمفاوضة واختلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع وفي بعض  
نسخ ابن ماجه المفاوضة بدل المقارضة واه ابراهيم الحرابي في كتابه غير الحديث وضبطه المعارضة بالعين  
والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله (والآخر) ما ذكره من (أن الناس يعاملونهم من غير تكبير وبه  
يترك القياس) لان التعامل كالأجاء ولو منع ظهو والتعامل بها على الشرط التي ذكرتم من المساواة في  
جميع ما يمكنه كل من النقود بل على شرط التفويض العام كمن ماله ما يمكن ثم أجاب عن القياس فقال  
(الجهالة مقهولة) لأنها انما تثبت (تبعاً) والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح مقصوداً (كفي المضاربة) فإنها  
تضمن الوكالة بشراء بمجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الالتزام وانتظام الكلام الكلي وهو قوله  
والجهالة مقهولة تبعاً للجواب عن الزام الكفالة بالمجهول وفصل الجواب فيها في المبسوط فقال وأما الجهالة فعيها  
لا تبطل الكفالة ولكن يمكن المنازعة بسببها وهو منعدم ههنا لان كل واحد انما يصير ضماناً عن صاحبه ما يلزمه  
بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكان المصنف انما لم يرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة  
لمجهول ابتداء لان عند اللزوم لا بد أن يتعين المكفول له فاكفي بنفي الالتزام بما ذكر من أن الشيء قد يصح تبعاً  
لا قصد ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصد عدم صحتها ضماناً على هذا يمكن اثبات صحتها بشرعاً أخذنا من  
هذا الجواب هكذا تصرف نافع لا مائع فيه في الشرع فوجب صحتها والمائع وهو الوكالة بمجهول والكفالة  
بمجهول يمنع اذا ثبت قصداً ولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصداً منعه اذا ثبت ضماناً قبل فن أن اشتراط  
المساواة في المال قلنا هذا أمر يرجع إلى مجرد الاصطلاح وذلك أن الشركة في صورة يكون الشريكان  
متساويين المالكين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مناع كما في صورة عدم تساويهما قلنا ان عقد على  
الوجه الأول سمي الشركة بمفاوضة والامتناعا غير انما اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور

تناقض لانه إذا لم يعرفه كيف يحكم بالفساد إذا تصديق بلا تصور (قوله وجه القياس) أنها تضمنت الوكالة  
بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراد فاسد) كما إذا قال وكتبتك بشراء شيء وكما لو قال كفلت  
عنتك ما يابعت الناس أو غصبت من الناس فعند الانضمام أولى فان قيل الوكالة العامة جائزة كما إذا قال  
لا تحز وكتبتك في ماله أصنع ما شئت يجوز له أن يتصرف في ماله قلنا العموم ليس بمراد ههنا فإنه لا يثبت الوكالة  
في حق شراء الطعام والكسوة لاهله فإذا لم يكن عاما يكون نو كيا بمجهول الجنس فلا يجوز (قوله وبه يترك  
القياس) أي بالتعامل يترك القياس كالأستصناع ودخول الحمام وهذا لان تعاملهم بأكبر كالأجاء

إذا قال لا تحز وكتبتك في  
مال أصنع ما شئت فإنه يجوز  
له أن يتصرف في ماله  
أجيب بأن العموم ليس  
بمراد ههنا فإنه لا يثبت  
الوكالة في حق شراء  
الطعام والكسوة لاهله فإذا  
لم يكن عاما كان نو كيا  
بمجهول الجنس فلا يجوز  
(قوله والجهالة مقهولة  
تبعاً كفي المضاربة) يعني  
الوكالة بمجهول الجنس  
موجودة في المضاربة يعني  
جائزة هناك تبعاً كذلك  
ههنا ألا ترى أن شركة  
العنان تصح وان تضمنت  
ذلك لان ما يشترط به كل  
واحد منهما غير مسمى عند  
العقد فكذلك المفاوضة  
وقوله (لان المتعبر هو المعنى  
دون اللفظ) يوضحه ان  
الكفالة بشرط براءة الاصيل  
حوالة والحوالة بشرط  
ضمان الاصيل كفالة وقوله  
(لما قلنا) إشارة إلى قوله  
لتحقق التساوي أي في  
كونهما ذميين وقوله (ولا  
يجوز) أي المفاوضة بين  
الحروب بين المملوكين

واعترض على قوله ولهما أنه لا تساوى (٣٨٢) في التصرف بان المفاوضة تصح بين الكتابي والمجوسى مع انهما لا يتساويان

والجهالة مفسدة تبعا كفى المضاربة (ولا تنعقد باللفظة المفاوضة) ابعد شرا نطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى قال (فتجوز بين الحر من الكبير من مسلمين أو ذميين لتحقيق التساوى وان كان أحدهما كتابيا ولا يخرج وسيا تجوز أيضا لما قلنا) ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ (لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن المولى قال (ولابن المسلم والكافر) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف تجوز للتساوى بين حافى الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما كالمفاوضة بين الشفعوى والحنفى فانها حائزة

لجعلنا اياه علما على تمام المساواة في أمر الشركة فاذا ذكرها تثبت أحكامها اقامة للفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكرها لعدم تحقق رضاها بما احكامها الا أن يذكر اتمام معناها بان يقول أحدهما وهما حران مسلمان بالغان أو ذميان شاركك في جميع ما مملك من نقد وقد رما مملك على وجه التقويض العام من كل منا لا تخفى في التجارات والنقد والتسوية وعلى ان كلاهما ضامن على الآخر ما يلزمه من أمر كل بيع وهذا قول الحنفى (وتنعقد باللفظ المفاوضة لبعده شرا نطها عن فهم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى) واللفظ وسيلة الى افهامه ولو انعقد باللفظ المفاوضة بعض شرائطها من متباعدات عما اذا لم يكن المتبقي من شروط العنان ويكون تعبيرها بالمفاوضة عن العنان (قوله وان كان أحدهما كتابيا ولا يخرجوسيا) ان فيه لا وصل وقوله (لم قلنا) أى لتحقيق التساوى اذا كفر كلمة واحدة (قوله ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لتعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة) أصلا ولو أذن له المولى (ولا يملك التصرف الا باذنه قال ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز للتساوى بينهما فى صحة الوكالة والكفالة) وكون أحدهما هو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الجر ونحوه لا معتبر به بعد تساوىهما فى أصل التصرف مباشرة وو كالة وكفالة (ومصار كالمفاوضة بين الشافعى والحنفى فانها حائزة

و يترك القياس بالاجماع (قوله والجهالة متعملة تبعا) أى غير هاهو هى المساواة لان المفاوضة تقتضى المساواة على ما مر ولا تثبت المساواة لبعده أن يصير كل واحد منهما كغيره من صاحب هذا جواب عن وجه القياس أنها تضمنت الو كالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول فاجاب أن ما لا يثبت مقصودا جاز أن يثبت تبعا كالمضاربة جازت بالاجماع وان اشتملت على التوكيل بشرائها بمجهول الجنس اذا لم يبينافوعا ومثل هذا أيضا وجد فى شركة العنان فان التوكيل بشرائها بمجهول الجنس لا يصح ثم صحت شركة العنان وان تضمنت ذلك (قوله لان المعتبر هو المعنى) ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة (قوله والاخرجوسيا) فان قيل المساواة معدومة بينهما فان المجوسى يتصرف فى الموقوفة والكتابى لا والكتابى يوجر نفسه للذبح والتضحية والمجوسى لا قلنا ان من يجعل الموقوفة مالا متقوما فى حقهم لا يفصل بين الكتابى والمجوسى فتصحقت المساواة والجواب عن الثانى أنه لو أجاز الكتابى نفسه بجوز ويطالب به المجوسى وان لم يقدر على ايفائه بنفسه لانه يقدر على الايفاء بالغير وهو المعين أو الاجير وكذا لو أجاز المجوسى يجوز وان لم يقدر بنفسه لقدرته بغيره كالخياط مع القصار اذا اعتقد عقد المفاوضة صار كل واحد منهما مطالبا على الآخر وان لم يقدر بنفسه (قوله اما قلنا) أى لتحقيق التساوى (قوله الا باذن المولى) فان قيل لما أذن له المولى فى الكفالة يثبت التساوى بينه وبين الحر قلنا لا يثبت لانه لا تصح كفالته باذن المولى اذا كان عليه دين وكذا لا تجوز كفالته بعدما كفل بمقدار قيمته كذا ذكره الفقيه أبو الليث رحمه الله (قوله

فى التصرف فان المجوسى يتصرف فى الموقوفة لاعتقاده المالبسة فيها والكتابى لا يتصرف فيها وكذلك الكتابى يوجر نفسه للذبح دون المجوسى لان ذبيحته لا تحل وكذلك تصح بين الحنفى والشافعى مع وجود التفاوت بينهما كما قال أبو يوسف واجيب بان عدم المساواة مبطل للعقد لاجل التفاوت فى الموقوفة لم يعتبر لان من جعل الموقوفة مالا متقوما لا يفصل فيه بين الكتابى والمجوسى فتتحقق المساواة وأما ما جرحه نفسه للذبح فان المساواة بينهما ثابتة فى ذلك معنى لان كل واحد من الكتابى والمجوسى من أهل ان يتقبل ذلك العمل على أن يقيمه بنفسه أو بنائمه واجارة المجوسى للذبح صفة يستوجب بها الاجران كان لا تحل ذبيحته وأما مسألة الحنفى والشافعى فان المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على ان متروك التسجئة عامدا ليس بمال متقوم ولا يجوز التصرف فيه للحنفى والشافعى جميعا لثبوت ولاية الازام بالاجرة فتتحقق المساواة بينهما فى المال والتصرف

(قوله على أن يقيمه بنفسه أو بنائمه الخ) أقول فيه بحث فان المسلم أيضا من أهل أن يشتري الجرأ والخنزير بنائمه كما سيجى فى كتاب الو كالة وجوابه أن اجارة نفسه صفة دون اشتراكه المسلم الجر فتأمل

ويتفاوتان

فى كتاب الو كالة وجوابه أن اجارة نفسه

ويتفاوتان في التصرف في مترك التسمية لانه يكره لان الذي لا يمتد الى الجائز من العقود ولهما  
انه لا تساوي في التصرف فان الذي لو اشترى برأس المال خورا أو خناز برصع ولو اشترى ما سلم لا يصح (ولا  
يجوز بين العبدین ولا بين الصبیین ولا بين المكاتبین) لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد  
شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عتانا لا استجماع شرط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما  
قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) أما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشراكة في المال على ما بيناه وأما  
الكفالة لتحقق المساواة فيها هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال

ويتفاوتان في العقد على مترك التسمية لانه يكره أي عقد الشراكة بين المسلم والكافر (لان الذي لا يمتد  
الى الجائز من العقود ولا يمتد من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم في كل المرام) وقوله لانه يكره استثناء  
من قوله قال أبو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في أعم من الاباحية بمعنى استواء الطرفين وهو  
مالا يعاقب عليه وفيه نظر لان قضية الاستثناء ان ينشئ الحكم بما بعد الا فيكون قد أخرج الكراهة التي  
يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فاعلموا استدراك من الجواز ان مطلقه ينصرف الى غير المكروه فاستدرك  
منه الكراهة أي لكونه مكره وهو بعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لما رآه بمعنى لكن وهو  
غلط لان المستثنى في المصل والمصلحة مخرج من حكم الصدق فالجواز لم يمتد في قولك جاذا الاجازا فيقتضي  
اخراج الكراهة عن ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة (وله ما انه لا تساوي في التصرف فان الذي لو اشترى  
برأس ماله خورا وخناز برصع ولو اشترى ما سلم لا يصح) لكن بقي قول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفی  
والشافعی مع التفاوت فيما يمكن لم يجب عنه وكذا بين الشافعی والمجوسی فان المجوسی يتصرف في الموقوفة  
لانه يعتقد ماليتها دون الكفاية وكذا الشافعی يؤخر نفسه للذبح دون المجوسی وأجيب بان منهم من جعل  
الموقوفة مالا متقوما في حقهم فلا فصل بين المجوسی والشافعی فتحقق المساواة في التصرف وأما مؤخره نفسه  
للذبح فكل منهم ما من أهل أن يتقبل ذلك العمل على أن يعمل بنفسه أو نائبه وأجابه المجوسی بنفسه للذبح  
جائزة ليستوجب بالاجزاء كان لا تحل ذبيحة وأما الحنفی والشافعی فالمساواة ثابتة لان الدليل على كونه  
ليس مالا متقوما قائم ولا يه الا لزام بالحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعی كالحنفی  
وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشراكة بينهم في قولهم هكذا ذكره الكرخي وذكري في الاصل قياس قول أبي  
يوسف انه يجوز عنده (قوله ولا بين الصبیین) يعني ولو أذن ولهما لانهما ليسا من أهل الكفالة ولا بين  
العبدین والمكاتبین (قوله وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها) وذلك كقول عقدة بالغ وصبي أو  
حر وعبد أو مكاتب أو شرط عدم الكفالة تصير عتانا وان عتانا وان عتانا وان عتانا وان عتانا لان عقد  
شركة العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لا تكون الاعامة (قوله وتنعقد) أي المفاوضة  
(على الوكالة والكفالة) وان لم يصرح بهما فان ذلك موجب للفظ فيثبت بذكره أي وكالة كل منهما عن  
الاخر في نصف ما يشتره وكفالة كل منهما الاخر (أما انعقادها على) الوكالة فلتحقق غرض الشركة  
وقوله (على ما بيناه) يريد قوله ليكون ما يستغاده على الشركة فيتحقق الاستراک في الربح (وأما الكفالة  
فلتحقق المساواة) التي هي مقتضى المفاوضة (فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما)

الا أنه يكره لان الذي لا يمتد الى الجائز من العقود أي يكره مشاركة المسلم الذي لا يمتد الى الجائز من العقود  
الفاصلة فرما يصير سببا لوقوع المسلم في المحرم والجواب عن قول أبي يوسف رحمه الله كالمفاوضة بين الحنفی  
والشافعی أن المساواة بينهما ثابتة لان الدلالة قامت على أن مترك التسمية عتانا ليس بمال متقوم ولا يجوز  
التصرف فيه بين الحنفی والشافعی جميعا لثبوت ولاية الا لزام بالحاجة فتحقق المساواة بينهما في المال  
والتصرف كذا في المبسوط (قوله ولا يشترط ذلك في العنان) من صورة المسئلة اذ هو أي العنان وفي  
المبسوط أن العنان قد يكون عاما وقد يكون خاصا بخلاف المفاوضة قائم عامة لا غير وفي الايضاح وكل موضع

وقوله (ولا بين الصبیین) يعني  
وان أذن لهما أو لهما لان  
مبنى المفاوضة على الكفالة  
وهما ليسا من أهل ذلك  
وكذلك المكاتبان وقوله  
(اذ هو) أي العنان (قد  
يكون خاصا وقد يكون عاما)  
يعني قد يكون عاما في أنواع  
التجارة وقد يكون في نوع  
خاص منها والمفاوضة عامة  
فيها فجاز أن يذكر لفظ  
المفاوضة (وبراد معنى  
العنان كما يجوز اثبات معنى  
الخصوص بلفظ العموم  
قوله وتنعقد على الوكالة  
والكفالة) أي تنعقد  
شركة المفاوضة على الوكالة  
كعامية الشركات لتحقق  
المقصود وهو الشراكة في  
المال (على ما بيناه) يعني قوله  
ليكون ما يستغاد بالتصرف  
مشتركا وعلى الكفالة هو  
على معنى ان يطالب كل  
واحد من شريكي المفاوضة  
بما باشره الاخر واليه أشار  
بقوله لتحقق المساواة فيها  
هو من موجبات التجارة  
وهو توجه المطالبة نحوهما  
جميعا وقوله (لان مقتضى  
العقد تعليل المستثنى منه)  
وهو قوله قد يكون على

الشركة وقوله (لما بينا) إشارة إلى هذا التعليل وقوله (وللبائع) أي لبائع الطعام والكسوة (قوله فيما يصح الاشتراك فيه البيع والشراء والاستنجار) أما صورة البيع والشراء فظاهرة وأما صورة الاستنجار فهو أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتها أو دابة أو شيئاً من الأشياء فلمؤجر أن يأخذ أجرة ما شاء من الأجرة من عقود التجارة وكل واحد منهما كغفل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك أن استأجره لحاجة نفسه أو استأجره لبلال مكة يحج علمه فلا مكارى أن يأخذ أجرة ما شاء إلا أن شركة إذا أدى من خالص ماله رجوع به عليه لأنه أدى ما كفل عنه بأمره وإن أدى من مال الشركة يرجع عليه بنصيب من المؤدى وأما في شركة العنان فلا يؤخذ به غير الذي استأجره لأنه هو الملتزم بالعقد وصاحبه ليس بكفيل عنه ومن القسم (٣٨٤)

(وما يشتر به كل واحد منهما ما يكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة لكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف وكان شراء أحدهما كشرائه ما لا استثناء في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المغاوضة للضرورة فان الحاجة الزائدة معلومة الوقوع ولا يمكن إيجابه على صاحبه ولا التصرف من ماله ولا يمين الشراء فيختص به ضرورة والقياس أن يكون على الشركة لما بينا (وللبائع أن يأخذ بالثمن أي ما شاء) المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحسبه مما أدى لانه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما قال (وما يلزم كل واحد منهما من الدين بدلا عما يصح فيه الاشتراك فلا تخضاً من له) تحق بالمساواة فيما يصح الاشتراك فيه الشراء

بسبب ما هو من أفعالها وما يشبه ما هو تجارة (وما يشتر به كل واحد منهما ما يكون على الشركة الاطعام أهله وكسوتهم) فيختص به ومع ذلك يكون الاخر كفيلاً عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة وله وبعيله وادامهم أن يطالب الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوطه بأذن شريكه فانه يختص به على ما سأتى في آخر الشركة ان شاء الله تعالى وانما انخص بذلك ولم يقع على الشركة استحساناً بالضرورة (فان الحاجة الزائدة معلومة وقوعها) أي المستمرة من قولهم رتب الشيء اذا دام ومنه أمر ترتب أي دائمة بغض التاء الثانية وضمها (ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه) فكان مستثنى ضرورة (والقياس وقوعه على الشركة لما بينا) من ان مقتضى العقد المساواة ثم كفالة كل

فقد شرط من شروط المغاوضة وذلك ليس بشرط في العنان كانت الشركة شركة عنان لان شركة المغاوضة أهم أي في الشروط من شركة العنان فوقع التفاوت بينهما من حيث العموم والخصوص فاذا بطل معنى العموم بقي معنى الخصوص فجاز اثبات العنان بلفظة المغاوضة كما يجوز اثبات معنى الخصوص بلفظ العموم (قوله لما بينا) أن مقتضى العقد المساواة الخ (قوله وللبيع أن يأخذ بالثمن أي ما شاء) أي وللبائع الطعام والكسوة أن يأخذ بثلث الطعام والكسوة أي الشريك يمين شاء وان لم يقع الطعام والكسوة على الشركة لان المشتري بأمر بسبب الالتزام والآخر كفيل عنه بما يلزمه بالشراء بسبب شركة المغاوضة فكان سبب توجه المطالبة على كل واحد منهما موجوداً بسبب على حدة فبطل البطلان ذلك ولان في عدم وقوع الطعام والكسوة على الشركة ضرورة ولا ضرورة في أن لا يقع عقد أحد الشريكين متضمناً للكفالة فنثبت الكفالة فاذا أداه أحدهما من مال الشركة رجع المؤدى على المشتري بقدر حصته من ذلك لان الثمن كان على المشتري خاصة وقد قضى من مال الشركة (قوله فيما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستنجار) ولا فرق بين أن يكون الاستنجار واقعاً على الشركة أو لحاجة المستأجر خاصة ذكر في المبسوط وصورة الاستنجار هي أن يستأجر أحد المتفاوضين أجيراً في تجارتها أو دابة أو شيئاً من الأشياء فلمؤجر أن يأخذ بالاجور أي ما شاء لان

فلو ادعى رجل على أحد المتفاوضين حاجة خطاها ارش مقدراً وسعها فلف ثم أراد أن يستعطف شريكه ليس له ذلك ولا خصومة له مع شريكه لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب التجارة فاما ما يلزمه بسبب الجناية فلا يكون الاخر كفيلاً به الا ترى انه لو ثبت بالبيئة أو بمعاينة السبب لم يكن على الشريك من موجبها شيء ولا خصومة الجاني عليه معوكذا المهر والخلع والصلح عن جناية العمد والنفقة اذا ادعاه على أحدهما وحلفه عليه ليس له ان يحلف الاخر لما بينا وصورة الخلع ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المغاوضة ثم خالعت مع زوجها فاما لزم عليهما من بدل الخلع لا يلزم شريكها وكذلك لو اقترنت ببطل الخلع لا يلزم على شريكها ومن هذا يتبين قال المصنف (وللبائع أن يأخذ بالثمن الى قوله ما أدى) أقول ما ثبت بالضرورة

يتقدّر بقدر الضرورة ولهذا لم يتعد الى الكفالة وبقيت على مقتضى القياس فليتناظر قال المصنف (فما يصح الاشتراك والبيع فيه الشراء والبيع والاستنجار) أقول قال الاتقاني ولنا في عبارة صاحب الهداية نظراً أن حق الكلام أن يقول فيما يصح فيه الاشتراك ثمن المشتري وأجرة ما استأجره هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستنجار كذلك حق الكلام أن يقول ومن القسم الاخر ارض الجناية والمهر والنفقة الخ لانها هي الدين الواقعة بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخام أنفسها الى آخر ما قال فاعلم بانني فكرت ان شاء الله تعالى اهوفيه بحث وفي قوله لانه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشراء نفسه ولا الاستنجار بحث لان الكلام فيما يصح فيه الاشتراك لاني الدين الواقع بدلا عنه فبين أن يقول فيما يصح الاشتراك فيه المنزلي والمستأجر وقس عليه

صورة غيره (قوله ولو كفل أحدهما) ظاهر (قوله ولو صدر) يعني (٣٨٥) عقد الكفالة وإنما قد يحال المرض لان

المرضى لو أقر بالكفالة السابقة في حال الصحة يعتبر ذلك من جميع المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقى حال بقائها وفي حال البقاء الكفالة معاوضة (قوله فبالنظر الى البقاء تتضمنه المعاوضة) يعني حاجتنا ههنا الى البقاء اذا المطالبة تتوجه بعد الكفالة لانها حكمها فلزم المال على الشريك الضامن لزم على الآخر وهذا هو حال البقاء بخلاف الصبي وغيره لان كلا مناهما في الابتداء به هل يلزمه أو لا فاعتبرنا جهة التعرّف فيه ولم تعتبر ههنا لان الابتداء ثم يحتاج اليه ولا كذلك هنا الصبي الابتداء لكون الضامن من أهل الضم دون الصبي (قوله لم يصح من ذكره يرد به الصبي والمجنون الخ) وأما (قوله وإنما قد يحال المرض) أقول يعني أنما قيد المصدر بحال المرض قال المصنف (لانه يستوجب الضمان) أقول تعليل لكون الكفالة معاوضة فبالبقاء قال المصنف (وبالنظر الى الابتداء لم يصح من ذكره) أقول قال الاتقاني أي ذكره أبو يوسف ومحمد وكان القياس أن يقول ذكره ضمير الاثنين أو كان القياس من أن يترك الضمير المنصوب وينكر الفعل على صيغة المبني للمفعول قلعه وقع هكذا من قلم الكاتب أه

والبيع والاستحجار ومن القسم الآخر الجنائية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال (ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة وقال لا يلزمه) لانه تبرع ولهذا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثالث وصار كالاقرار والكفالة بالنفس ولا يحنيفة انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدى على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بأمره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المعاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح من ذكره وتصح من الثالث

الآخر انما هي فيما هو من ضمان التجارة أما ما يشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء أخذ المشتري منه بدينه وان شاء أخذ به شر يكه وضمان التجارة كمن المشتري في البيع الجائز وقيمتها في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو ودعة اذا أخذها أو استهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع يغيد تلك الأصل فتصير في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كإرشاء الجنائيات والمهر والنفقة بدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس له أن يخلف الشريك على العلم اذا أنكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكر فلم يدعى أن يخلف المدعى عليه على البتة وشريكه على العلم لان كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعى يلزمهما بخلاف الجنائية لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستخلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة شركة معاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببذل الخلع أو التزمت أحد الشريكين وهو أجنبي (قوله ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يلزم صاحبه لانه) أي لكفيل (متبرع ولهذا لا تصح) الكفالة (من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولهذا) أيضا (لو صدر) أي عقد الكفالة (من المريض مرض الموت صح من الثالث وصار كالاقرار) اذا أقرض أحدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وإنما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو أقر بكفالة سابقة على المرض لزمته في كل المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقى حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سئذ ذكره في الاسرار وكون الاقرار لا يلزم الشريك ولو أخذ به سفيحة هو قول محمد وظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال بعضهم وقال أبو يوسف لا يجوز ونسبه الى الايضاح وعبرة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعني المقرض لشريكه توى المال أولم يتو وقياس قول أبي يوسف يضمن المقرض حصته شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند أبي يوسف ضمان الكفالة ضمن ان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض وعند أبي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض (ولا يحنيفانه) أي عقد الكفالة (عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء) كالهبة بشرط العوض (لانه) أي الكفيل المدلول عليه بالكفالة (يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه) اذا كفل بأمره فيلزم شريكه بعدم لزم عليه (فبالنظر الى البقاء تتضمنه المعاوضة وبالنظر الى الابتداء لا يصح من ذكره) والوجه أن يقول من ذكره يعني الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولا يبعد أن يكون الاجارة من عقود التجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه بما يلزمه بالتجارة وكذلك ان استأجره لحاجة نفسه أو استأجره لبلد مكة ليحج عليها فللمؤجر أن يأخذها من شاء ان شاء ان شاء المستأجر بالتزامه بالعقد وان شاء أخذ شريكه لكفالة عنه (قوله والخلع) صورته ما اذا كانت المرأة عقدت عقد المفارضة ثم خالعت مع زوجها فالزم عليها بدل الخلع لا يلزم شريكها أو كذا لو أقرت ببذل الخلع لا يلزم على شريكها (قوله وصار كالاقرار والكفالة) في المبسوط في أبواب بضاعة المفارضة واذا أقرض أحد المتفاوضين فهو ضامن نصف ما أقرض لشريكه لانه متعبد في نصيب شريكه بتصرفه في المال على غير ما هو مقتضى الشركة (قوله لم يصح من ذكره) أي من الصبي والعبد المأذون والمكاتب

(٤٩ - فتح التدبير والكفالة) - خامس (والامر فيه سهل فان الضمير المستتر راجع اليها بتاويل المذكور بل من ذكر



الاقراض فعند أبي حنيفة يعني أن فيه ربا ويتين قال في المبسوط أن اقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه - عند أبي حنيفة لأنه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لأنه تبرع (قوله ولئن سلم فهو اعارة) أي ولئن سلمنا أن اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فإلما لا يلزم لأن الاقراض اعارة لمعاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لسكان فيه يسع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية فعلم بهذا أن ما يأخذ المقرض بعد الاقراض حكم عين ما أقرضه لاحكم بدله كافي الاعارة الحقيقية (قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أي لا يلزم لأن تأجيل الاقراض والعارة يتأخر لكن لا يلزم المضى على ذلك التأجيل (قوله ولو كانت الكفالة) (٣٨٦) بغير أمره متصل بقوله اذا كانت الكفالة بأمره (قوله في الصحيح) إشارة

الى ذنبي ما ذهب اليه عامة المشايخ في شرح الجامع الصغير من عدم التفريق بين ما اذا كانت بأمره أو بغير أمره لا طلاق جواب الجامع الصغير والمصنف تابع مذهب اليه الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير من التفريق بينهما وأجاب عن اطلاق جواب الكتاب أي الجامع الصغير بأنه محمول على المقيسد وهو الكفالة بالامران حيثئذ تكون معاوضة انتهاء والا فهو متبرع ابتداء وانتهاء فلا يلزم شريكه ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة يعني في أنه يلزم شريكه وعند محمد ضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة التجارة في أنه يلزمه أيضا عن أبي يوسف في غير رواية الأصول أنه لا يلزم الشريك وتلزم تحرير المذهب على هذا الوجه يظهر لك سقوط ما اعترض به على المصنف في قوله بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة بأن محمد مع أبي حنيفة في لزوم ضمان

من الرضا بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وانتهاء وأما الاقراض فعن أبي حنيفة أنه يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون مثلها حكم عين الاحكام البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيسد وضمنان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة لأنه معاوضة انتهاء

مبنيا للمفعول بلا ضمير وأنه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلافي الذمة والذمة في المأذون كالشركة بينهم وبين المولى حتى صح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقها بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقها فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشرى لان لزومها ليس في حال البقاء لاننا نناقض قول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئا في ذمته من المال وأما الاقراض فانه اعارة منحة ابتداء وانتهاء لمعاوضة والا كان يسع النقد بالنسيئة في الأموال الربوية (فيكون مثلها) أي مثل الدراهم أو الدينار المقرضة (حكم عينها لاحكام البدل ولهذا لا يصح فيه التأجيل) أي لا يلزم أن يجري على موجب التأجيل في الاعارة والقرض والا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على أن عن أبي حنيفة وتروا بغير الحسن في القرض انه يلزم الشرى بناء على شبهة المعاوضة بلزوم المثل فلما ان غنم (قوله ولو كانت) الكفالة (بغير أمره) أي أمر المكفول عنه (لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة) انتهاء أيضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى خلاف المشايخ وما ذكره المصنف مختار الفقيه أبي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ حروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بأمره أو لا (قوله وضمنان الغصب والاستهلاك) وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والاقرار بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف بأحنيقة ههنا لان ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع أبي حنيفة في أنه يلزم شريكه وفي الكفالة مع أبي يوسف كإتقاه أن يغالب يوسف فيهما انه ضمان وجب بسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كإرش الجنانية ولأنه بدل المستهلك والمستهلك لا تتحمله الشركة ولهما ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار المأذون به عبدا كان أو صبيحا وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال نصم فيه الشركة لانه انما يجب بأصل السبب وعند ذلك المحل

(قوله وأما الاقراض فعن أبي حنيفة رحمه الله) ذكر في المبسوط أن اقراض أحد المتفاوضين يلزم شريكه عند أبي حنيفة توجه الله لأنه معاوضة وعندهما لا يلزم شريكه لأنه تبرع (قوله ولو سلم فهو اعارة) أي ولئن سلمنا أن اقراض أحد المتفاوضين لا يلزم صاحبه فلما انما لا يلزمه لان الاقراض اعارة لمعاوضة بدليل جوازه اذ لو كان معاوضة لسكان فيه النقد بالنسيئة في الأموال الربوية فعلم بهذا أن ما يأخذ المقرض بعد الاقراض حكم عين ما أقرضه لاحكم بدله كافي الاعارة الحقيقية (قوله حتى لا يصح فيه الاجل) أي لا يلزم في الاقراض الاجل (قوله ومطلق الجواب في الكتاب) وهو قوله ولو كفلا أحدهما بمال عن أجنبي

الغصب والاستهلاك للشريك فلا يكون لتخصيص أبي حنيفة ولا لقوله بمنزلة الكفالة وجه وهو وجه قول أبي يوسف قال ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان وجب بسبب ليس هو بتجارة فلا يلزم شريكه كإرش الجنانية ولهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة لانه بدل مال محتمل للشركة

(قوله والاستهلاك بمنزلة التجارة) أقول لا يلائم قوله فيما سألني إيهما أن ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة فليتأمل في التوجيه (قوله يظهر لك سقوط ما اعترض به) أقول فيه بحث والمعتبر في الاتفاقى والكاسى



فانه يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغيصوب والمستهلك بالضممان وكذلك يصح اقرار المأذون له ويؤخذ فيه في الحال وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون له والمكاتب به ولو لم يكن ضمان تجارة لما صح ذلك معنى قوله لانه معاوضة انتهاء وقوله (وان ورث أحدهما مالا) بالتنوين أى المال الذى تصح فيه الشركة كالدراهم والدنانير والفلوس (٣٨٧) النافقة بطلت المفاوضة قلنا ذكر في الكتاب وقوله

(فان المساواة ليست بشرط فيه) أى فى العنان ابتداء وكل مال ليس بشرط ابتداء ليس بشرط فيه ومالا لان لدوامه حكم الابتداء لكونه عقدا غير لازم فان

أحد الشرى يمكن اذا امتنع عن المضى على موجب العقد لا يجبره القاضى على ذلك وتأمل فى كلام المصنف رحمه الله تأمل عالم بالتحقيق تدرك سقوط ما اعترض عليه بان عقد الاجارة عقد لازم ومع هذا فلدوامه حكم الابتداء حتى انها لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فينتد كيف يصح التعليل بعدم الزوم لاثبات مدعاه وهو أن يكون لدوامه حكم الابتداء وذلك لا نقدر قلنا كل ما هو عقد غير لازم فلدوامه حكم الابتداء وهو ثابت بالاستقرار ونضم هذه المقدمة الى قولنا ما نحن فيه من الشركة عقد غير لازم فحصل لنا ما نحن فيه من الشركة لدوامه حكم الابتداء وأما أن يكون بعض العقود اللازمة أيضا لدوامه حكم الابتداء بدليل فلا يضر فى مطلوبنا لان الموجبة السكينة لا تنعكس كنفسها وان ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تنفسد المفاوضة لما ذكر فى

قال (وان ورث أحدهما مالا يصح فيه الشركة أو وهب له وصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا) لغوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذهى شرط فيسه ابتداء وبقاء وهذا لان الاخر لا يشترك فيما أصابه لانعدام السبب فى حقه لانما انقلب عنانا لانه لم يكن فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم (وان ورث أحدهما عرضا فهو له ولا تنفسد المفاوضة) وكذلك العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا شرط المساواة فيه

قابل للتملك وكذا ملك المغيصوب والمستهلك بالضممان واذا كان كذلك كان كل من المتفاوضين ملتزما له ضرره ونفعه وفى الكافى الاشارة للرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه لو هلك الرهن فى يد المرتهن بر جع المعبر على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو أقر أحد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته لم يلزم الاخر عند أبي حنيفة ويلزمه عندهما وأصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هؤلاء عنده خلافا لهما وسببنا ان شاء الله تعالى (قوله وان ورث أحدهما مالا يصح فيه الشركة فقبحه بطلت المفاوضة وصارت عنانا) وكذلك اذا وهب له فقبحه أو تصدق به عليه أو وصى له به أو زادت قيمة دراهم أحدهما اليه على دراهم الآخر السودا ودنا بيرة قبل ان يشرى على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده وصارت عنانا ولو ورث مالا تصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا فى باقى الاسباب التى ذكرناها وانما بطلت لغوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذهى أى المساواة بشرط بقاء بقاء وبقاء وانما كان ما هو شرط ابتداءه بشرط البقاء لكونه أى عقد الشركة عقدا غير لازم فان أحدهما بعد العقد لو أراد فسحقها فسحقها وأورد عليه كيف يصح التعليل بعدم الزوم لان ابقائها حكم الابتداء والاحارة عقد لازم حتى لا يتفرد أحد المتعاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضى الممتنع على المضى ومع ذلك لدوامه حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت أحد المتعاقدين فتبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما يتحقق مع كونه غير لازم أوجب بان القياس فى الاجارة أن لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدوما فى الحال فهو كالعار يتلكنه لما كان عقدا معاوضة والزم أصل فى المعاوضات تحقيق النظر من الجانبين وانفساخه بموت أحدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر ولو بقيت لم يربث المنفعة المجردة وهى لا تورث ولهذا الوصيات الموصى له بخدمة العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية لازمة ولا بأس ان تذكر فرعا من

لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله محمول على المقيسد وهو الكفالة بأمر المكفول عنه وضمن الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد مع أبي حنيفة رحمه الله فى ضمان الغصب والاستهلاك ومع أبي يوسف رحمه الله فى الكفالة لابي يوسف رحمه الله فى ضمان الغصب والاستهلاك أن هذا الضمان واجب بسبب ليس هو تجارة فلا يلزم شريكه كإرش الجنابة ولانه بدل المستهلك وأنه لا يمتثل ان شركة وهما يقولان ان ضمان الغصب والاستهلاك ضمان تجارة بدليل صحة اقرار المأذون به وكونه مؤاخذا به فى الحال وكذلك يصح اقرار الصبي المأذون والمكاتب به وهذا لانه بدل مال يحتمل للشركة لانه انما يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للملك ولهذا ملك المغيصوب والمستهلك بالضممان ولما كان كذلك كان كل واحد من شريكى المفاوضة ملتزما له فيجب عليه (قوله وان ورث أحدهما مالا الى قوله

الكتاب ولان هذا المفاوضة لا تمنع ابتداء فكذلك لا تنفسد بقاء

(قوله فانه يجب باصل السبب الخ) أقول فيه اشارة الى جواب سؤال بأن المستهلك لا يمتثل الشركة اذا لمعوم غير قابل للملك (قوله ولهذا ملك المغيصوب الخ) أقول مستند الى أصل السبب (قوله وكذلك يصح اقرار الصبي والمأذون الخ) أقول الظاهر ان هذه الواو زائدة وان اتفقت على اثباتها النسخ والمأذون صفة الصبي (قوله تدرك سقوط ما اعترض عليه) أقول المعارض صاحب النهاية

شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب \* أمر رجلاً أن يشتري عبداً بعينه بينه وبينه فذهب فاشتراه وأشهد أنه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر بشرائه نصف العين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشترى كاهن ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلاهما وكيل لصاحبه ولو اشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالغزل نفذ تصرفه على الآخر كذلك في الشركة ولو أمره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الآخر من نصفين ولا شيء للمشتري فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذلك غيره لانه انما يملك لغيره ما يملك شراءه لنفسه ولما أمره الثاني أن يشتريه بينهما فاشترى بماله نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبداً وقبضه فطلب اليه آخر ان يشتريه فيه فاشترى فيه له نصفه بمنزل نصف الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مقتضى الشركة يقتضي النسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا أن يبين خلافه ولو اشترى اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهما ثلاثاً ولو اشترى اثنان عبداً فاشترى فيه آخر فالقياس أن يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا صار ملكاً كان نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لان ما حيزه أكثر كاهن سواه بانفسهما وكان كأنه اشترى العبد معهما ولو اشترى أحد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريك نصيبه وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أن أحد الشرى كان إذا قال لرجل أشركتك في هذا العبد فجاز شريكه كان بينهما اثلاثان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذا لو اشترى أحدهما في نصيبه ولم يسم في كم أشركه ثم أشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال أحدهما أشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن أبي يوسف كان ملكاً جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد أشركتك بنصفه ألا ترى أن المشتري لو كان واحداً فقال لرجل أشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله أشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال أشركتك في نصيبه فإنه لا يمكن ان يجعل بهذا اللفظ ملكاً جميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف الباء فإنه لو قال أشركتك بنصيبه كان باطلاً فلذلك كان له نصف نصيبه واعلم ان ثبوت الشركة فيما ذكرنا كانه ينشئ على صيرورة المشتري بائعاً للذي أشركه وهو استبعاد الملك منه فأنشئ على هذا ان من اشترى عبداً فلم يقبضه حتى أشرك فيه لم يجز لانه يبيع ما لم يقبض كماله ولاه اياه ولو أشركه بعد القبض ولم يسلم اليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لان هلاك المبيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم انه لا بد من قبول الذي أشركه لان لفظ أشركتك صار ايجاباً بالبيع ولو قال أشركتك فيه على أن تنقذ عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه يبيع وشرط فاسد وهو ان تنقذه ثمن نصفه الذي هو له ولو نقذه غيره جاع عليه بما نقضه لانه قضى دينه بامر ولا شيء له في العبد لان الاشراك كان فاسداً او البيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئاً ولو قبض نصف المبيع ثم أشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لان النصف الذي قبضه لان الاشراك يقتضي النسوية وانما يصح اذا انصرف اثره الى السكك ثم يصح في المقبوض لو جرد شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال رجل لا تخربنا اشترى هذا العبد فقد أشرك فيه صاحبه أو فصاحبه فيه شريكاً فهو جائز لان كلاهما موكل لصاحبه بان يشتري نصف العبد له فاجب ما اشتراه كان مشترىاً نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو قبضه لهما لا يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من ماله ما كان اشتراه معا واشترى أحدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان ووصل الى يده اعلم أنه اذا وصل الى يد أحد المتفاوضين مال يصلح رأس مال الشركة كالدرهم والدنانير بالارث أو الهبة أو الصدقة تبطل المعاوضة وتصبح عينا لان المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة شرط للمعاوضة ابتداء وبقاء وقد فانت اذا لا تخربنا اشركه فيما أصابه لانه انما يشاركه فيما حصل بسبب التجارة أو بما

\*(فصل) ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) وقال مالك تجوز بالعروض والمكيل

بينهما التمام مقصود كل منهما ولو نقد أحدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغرأ مريضاً جبر جمع النصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلاً عن الآخر في نقد الثمن من ماله كولو اشتراه أحدهما ونقد الثمن فان أذن كل منهما للشر يكتفي في بيعه فباعه أحدهما على أن له نصفه كان بائعاً نصيب شر يكتفي بنصف الثمن ولو باعه النصف كان جميع الثمن ونصف العبد بينهما وبين شر يكتفي نصفين في قياس قول أبي حنيفة وفي قولهما البيع على نصف المأمو رخاصة ومبناه على فصلين أحدهما أن عند أبي حنيفة أن الوكيل يبيع العبد بثلث يبيع نصفه والوكيل يبيع نصفه بثلث يبيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني أن من قال بعثك هذا النصف بالف كان بائعاً للنصف بالف ولو قال بعثك بالف على أن له نصفه كان بائعاً للنصف بثلثه سائمة لان الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكأنه قال بعثك نصفه بالف فاما قوله على أن له نصفه ففاضله ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان مفيداً تصح كفاي شرار ب المال مال المضارب به من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فيقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري \*(مسئلة) \* اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعه مسامو مة بثلثمائة أو بمائتين فالثمن بينهما نصفين ولو باعه مراً بمائة مائة أو بال عشرة أحد عشر كان الثمن بينهما اثلاثاً لان الثمن في بيع المساومة يقابل المثلث فيعتبر المثلث في المحل دون الثمن الاول وأما بيع المراجعة والتولية والوضعية فباعتهما الثمن الاول الأثرى أنه لا تستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذلك لو كان مشتري بعوض لامل له والثمن الاول كان اثلاثاً بينهما فكذا الثاني بوضعهما بالواحدة في بيع المراجعة المثلث في خمسة الثمن دون الاول كان البيع مراً بمائة في حق أحدهما ووضعيته في حق الآخر وقد نص على بيع المراجعة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الشكل من المبسوط

\*(فصل) لما ذكر اشتراط المساواة في رأس مال شركة المعاوضة احتاج الى بيان أي مال تصح به فقال (لا تنعقد الشركة أي شركة المعاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) يعني لا تنعقد المعاوضة اذا ذكر فيها المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط أن المعاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجه والتقبل فيصح قولنا المعاوضة تنعقد في الوجه والتقبل بل مال فصرق بعض المعاوضة تنعقد بالدراهم ودنانير وفلوس وهو يناقض قوله لا تنعقد المعاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي يناقض السلب الكلّي والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول أحدوا الشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعرض المثلّي وقال مالك تجوز بالعروض اذا اتحد جنسها وقال الاوزاعي وحماد بن أبي سفيان تجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها جبر كل بيمينه تعرضه عند العقد ولا تجوز عندنا بالعرض لا يجوز أن يكون رأس مال أحدهما عرضاً والآخر دراهم أو دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم أنه لو دفع الى رجل ألفاً وقال أخرجه مثلها واشترها ببيع فصار بحت فهو بينهما ففعل صح الا أنه لا بد أن يقيم البيئة أنه فعل يلزم الآخر اذ لم يصدق له ثبتت وضعية وقيد بالدراهم

بشبهها بنسب الو كالة في ذلك وهذه الاسباب ليست بصارة وانما تبطل المعاوضة اذا قبض الدراهم أو الدنانير فان لم يقبضها لم تبطل لان الدين لا يصح رأس مال المعاوضة فاذا قبض الآن أو اذا مال أحدهما من جنس رأس مال المعاوضة فتبطل المعاوضة بهذا وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وبهذا وضع أن قوله في الهداية ووصل الى يده وجمع الى الهبة والارث والله تعالى أعلم بالصواب

\*(فصل) قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة) فان قيل ان أراد أن شركة للمعاوضة لا تصح الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة فشركة الوجه والتقبل تصير معاوضة وعنا ولا مال فيها فقد ذكر في المبسوط أن شركة الوجه والتقبل كل واحدة منهما يكون معاوضة وعنا وأشار الى ذلك

\*(فصل) لما كان البحث عما تنعقد به شركة المعاوضة غير البحث عنها فصل عما قبله في فصل على حديثه وقال (ولا تنعقد الشركة) أي شركة المعاوضة لان الكلام فيما اذا ذكر فيها المال الا بالدراهم والدنانير وانما قيد بقولنا اذا ذكر فيها المال لان ذكر المال ليس ببحث فيها فان المعاوضة تجوز في شركة الوجه والتقبل ولا يشترط فيها المال وكانه واضح غير ان في ذكر خلاف مالك رحمه الله نظراً لما تقدم من قوله وقال مالك لا أعرف ما للمعاوضة الا اذا ثبت عند روايتان أو يكون تقرير على قول من يقول بها نصيب أبي حنيفة في المزاوعة ثم

\*(فصل) (ولا تنعقد الشركة الخ)

قوله (لأنه اعتقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضى جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضارب بخصصة بالدرهم والدنانير لأن القياس بابي جوازها بالمساهمة من ربح مالم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه وبالمال لأنه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح الاقبيل والشرع به وهو الدرهم والدنانير وأما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوى فيه العروض والنقد وكل عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولأنه يؤدى الى ربح مالم يضمن) وبين ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله بأضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة (٣٩٠) كأنما شريكين في الربح الذي حصل في مبيع أحدهما فحينئذ ياخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف الدرهم والدنانير لأن ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به المبيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة اذا اتممتان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتيهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح مضمون ومعنى قوله (وتفاضل الثمنان) أى فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا وأما تفاضلهما معان حال

والموزون أيضا اذا كان الجنس واحدا لانه اعتقدت على رأس مال معلوم فاشبه بالنقد بخلاف المضاربة لان القياس باباها بالمساهمة من ربح مالم يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولأننا أنه يؤدى الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فاستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح مالم يملك والمال يضمن بخلاف الدرهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذهى لا تتعين فكان ربح مالم يضمن

والدنانير لا يخرج الحلي والتبر فلا يصلح أن رأس مال الشركة الاقبيل اسند كرهه وأما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحال كما أبو الغضل في الكافي فيها خالفه اقبل اقصر على أن قال ولا تجوز الشركة الا بالدرهم والدنانير والفلوس ونخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وقالوا لو كان رأس مال أحدهما فلوسا لم تجز الشركة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها انما صارت ثمننا بصلح الناس وايسر تخفى الاصل وهم لم يتعاملوا أن يجعلاها رأس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول أبي يوسف الاول وقال المصنف (قالوا) يعني المتأخرين (هذا قول محمد) واستدل عليه بمسئلتين أحدهما أن الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلوس بقلسين اذا كانا بعينهما عند محمد خلافا لهما وسيأتي الوجه والتقيد ببيعان مما احتراز اعماله ببيع فلوسا بقلسين دينافاته لا يجوز اتفاقا لان حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس وجهه قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا فقد (عقدت على رأس مال معلوم) فكانت كالنقد (بخلاف المضاربة) حيث لا تجوز الا بالنقد ولا نهى شرعت على خلاف القياس (لما فيها من ربح مالم يضمن) فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه (فيقتصر على مورد الشرع ولأننا أن رأس مال الشركة) في العروض والمكيل والموزون (يؤدى الى ربح مالم يضمن) لانه اذا باع كل منهما عرضه وافترقا تفاضل الثمنين (فما يستحقه أحدهما من الزيادة على حصته رأس ماله) الذي هو ربحه (ربح مالم يملكه) ولم يضمنه (بخلاف النقد) فان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل منهما لا يتعلق برأس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربح مالم يضمنه فان قيل هذا لا يلزم لانه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين أو موزونين أو غيرهما متحدى القيمة ككتاب الكرخي من بابة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وجبة مثلا فاذا باعاجله في وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم

قوله (لأنه اعتقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضى جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضارب بخصصة بالدرهم والدنانير لأن القياس بابي جوازها بالمساهمة من ربح مالم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه وبالمال لأنه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح الاقبيل والشرع به وهو الدرهم والدنانير وأما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوى فيه العروض والنقد وكل عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولأنه يؤدى الى ربح مالم يضمن) وبين ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله بأضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة (٣٩٠) كأنما شريكين في الربح الذي حصل في مبيع أحدهما فحينئذ ياخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف الدرهم والدنانير لأن ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به المبيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة اذا اتممتان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتيهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح مضمون ومعنى قوله (وتفاضل الثمنان) أى فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا وأما تفاضلهما معان حال

في الكتاب أيضا وان أراد مطلق الشركة فبذمة قبض بهما أيضا قلنا أريد بالشركة شركة المعاوضة اذ الكلام فيها والمعنى أن شركة المعاوضة اذا كانت في المال يجب أن يكون ذلك المال من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة من المعاوضة لا تكون الا في هذا المال (قوله بخلاف المضاربة لانه لا يجوز بخلاف القياس) لما فيها من ربح مالم يضمن لان مال المضارب به غير مضمون على المضارب حتى لو هلك لا يضمن المضارب وقد غسى النبي عليه السلام عن ربح مالم يضمن والمضارب به نصيب من الربح فاقصر على مورد الشرع وهو عقد

قوله (لأنه اعتقدت) يعني الشركة بالعروض والمكيل والموزون يقتضى جوازها وان كان الجنس مختلفا ولم يقل به مالك وقوله (بخلاف المضاربة) يعني أن المضارب بخصصة بالدرهم والدنانير لأن القياس بابي جوازها بالمساهمة من ربح مالم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب فكان ما حصل من الربح مال غير مضمون فلا يستحقه وبالمال لأنه لم يعمل في ذلك الربح فلا تصح الاقبيل والشرع به وهو الدرهم والدنانير وأما في الشركة فان كل واحد من الشريكين يعمل في ذلك المال فيستوى فيه العروض والنقد وكل عمل كل واحد منهما في مال نفسه من غير شركة فتصح (قوله ولأنه يؤدى الى ربح مالم يضمن) وبين ذلك ان الرجلين اذا عقدا الشركة في العروض ثم باع أحدهما رأس ماله بأضعاف قيمته وباع الآخر بمثل قيمته وصحت الشركة (٣٩٠) كأنما شريكين في الربح الذي حصل في مبيع أحدهما فحينئذ ياخذ الذي باع رأس ماله بمثل قيمته من مال صاحبه فيكون ذلك المال ربح مالم يضمن ولم يملك وذلك لا يجوز بخلاف الدرهم والدنانير لأن ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق به المبيع بل يثبت وجوب الثمن في الذمة اذا اتممتان لا تتعين بالتعيين فلما كان الثمن واجبا عليهما في ذمتيهما كان الثمن والربح الحاصل منه بينهما ضرورة فكان الربح مضمون ومعنى قوله (وتفاضل الثمنان) أى فضل أحدهما على الآخر كما ذكرنا وأما تفاضلهما معان حال

(بخلاف المضاربة) أقول في النهاية في كتاب المضاربة ان العروض تصلح رأس مال المضارب به عند مالك اذا ثبت عنه ولان روايتان اهم رأيت السؤال والجواب بعينه ما في غاية البيان في كتاب المضاربة قال المصنف (لان القياس باباها ما فيها من ربح مالم يضمن الخ) أقول لزوم ربح مالم يضمن في الشركة اذا كان الشراء بالنقد في غاية الظهور وعلى مذهب مالك فان عنده يلزم في المضاربة اذا كان رأس المال أحد النقدين ربح مالم يضمن كما لا يخفى على المتأمل في دليله فلا بد له من الفرق ولم يعلم فليست الفرق هو انه لا بد عنده من الخلط فلا يؤدى اليه وفيه تأمل (قوله فلا يستحقه برب المال) أقول وفيه بحث والصواب أن يقول فلا يستحقه المضارب والشارح انما عدل عن هذا لان بيان الفرق بين المضاربة والشركة يتوقف عليه على قرره الا انه فراد من المطر الى الميزاب فليتنامل

(قوله ولأن أول التصرف في العروض) دليل آخر وقد قررته في النهاية على وجه يجزئ الخرج مالم يضمن وذلك لأنه قال لأن صحة الشركة باعتبار الوكالة ففي كل موضع لا تجوز الوكالة تلك الصفة لا تجوز الشركة ومعنى هذا أن (٣٩١) الوكيل بالبيع يكون أميناً فإذا شرطه

جزء من الربح كان هذا ربح مالم يضمن فالما الوكيل بالشراء فهو ضامن بالثمن في ذمته فإذا شرط له جزء من الربح كان ربحاً مقسداً ضمن وقوله (فالواحد) أي جواز الشركة بالفلوس النافقة (قول محمد) وقيد (باعتبارها) لتظهر ثمرته الخلاف فإنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسبتة لا يجوز بالاجماع الركب وأما عندهما فوجود النسبة في الجنس الواحد وأما عند محمد فهذا والمعنى الثمنية وأما إذا كانت باعتبارها فعهدهما يجوز وعند محمد لا يجوز وسبب تمام البحث فيه في كتاب البيوع أن شاء الله تعالى قوله (والأول) يعني قول أبي يوسف مع أبي حنيفة (أقيس) لأنهم لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضاً على عدم جواز الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة لأن هذه المسئلة مبنية على تلك المسئلة لأنه لما جاز بيع الواحد بالآخرين في الفلوس عندهما كان للفلوس حكم العروض والعروض لا تصلح رأس مال الشركة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه تصح المضاربة بها أي بالفلوس

ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز وشراء أحدهما شيئاً ماله على أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة فلا تروى رواج الأثمان فالتحقق بها قالوا هذا قول محمد لأنهم لم يلقوا بالنقد وصنعه حتى لا تعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعتبارها على ما عرف أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تعالى لا تجوز الشركة والمضاربة به لأن ثمنها يتبدل ساعة فساعة وتصير ساعة روى عن أبي يوسف مثل قول محمد والأول أقيس وأظهر عن أبي حنيفة صحة المضاربة بها قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الآن يتعامل الناس بالتبر) والنقرة فتصح الشركة ما هكذا ذكر في الكتاب (وفي الجامع الصغير) لا تكون المغاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة) ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تعين بالتعيين فلا تصلح رأس المال في المضاربات والشركات أن عدد ما يبيع من الأجزاء وقبضه المشتري من مساويان بل الظاهر أنهما متفاران فيلزم اختصاص أحدهما بزيادة ربح لا يذاته ملكه والتمتص عنه ليس الا يضبط قدر ملكه وهو مجهول فقد أدى إلى تعذر الوصول إلى قدر حقه ورجح الاستحسان يضمن ولأن القيمة لا تعرف إلا بالحزب والظن ولا يقيد العلم بالقيمة فيؤدي إلى المنازعة فيه وهذا إنما يلزم لو اعتبر رأس المال قيمة العروض أما إذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه في نفسه فلا تنزع نعم اللازم ربح مالم يضمن وتعذر ما يدفعه (ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الإنسان ماله على أن يكون الآخر شريكاً في ثمنه لا يجوز وشراءه شيئاً ماله على أن يكون الآخر شريكاً فيه يجوز) وعلمت أن الخلط لا ينفى ذلك (وجه قول محمد أن الفلوس إذا كانت نافقة تروى رواج الأثمان فالتحقق بها) ولا يبي حنيفة وأبي يوسف (ان ثمنها يتبدل ساعة فساعة) فإنها باصطلاح الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة تنقضي بانتهاء الخلقة وتصير ثمنها بالاصطلاح القائم ولا يخفى أن هذا إنما هو في الملاحظة أما في الخارج فهي بمن مستمرة استمرار الاصطلاح عليها ولذا قال الأسبجاني الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لأنها صارت ثمنها باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى شيئاً بفلوس بعينه لم تعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد لهما كما قال المصنف (وروى عن أبي يوسف مثل قول محمد والأول أقيس وأظهر) لأن قوله مع أبي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين (وعن أبي حنيفة جواز المضاربة بها) وعلى ما ذكر من مبسوط الأسبجاني يجب أن يكون قول الكل الآن على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كذا كره ما يليه حيث قال (ولا تجوز الشركة بما سوى ذلك الآن يتعامل الناس بها كالتبر) وهو غير المصوغ (والنقرة) وهي القطعة المذابة منها ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك روية الجامع لا تكون المغاوضة بمثاقيل ذهب أو فضة ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تعين بالتعيين فلا تصلح رأس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تعين بالتعيين حتى لا ينسخ العقد بها كما قبل التسليم فعلى هذا تصلح رأس مال فيهما المضاربة (قوله باعتبارها) إنما قيد بها لتظهر ثمره الاختلاف لأنه لو باع فلسين بواحد من الفلوس نسبتة لا يجوز بالاتفاق فعندهما لو جرد النسبة في الجنس الواحد وعند محمد رحمه الله لهذا والمعنى الثمنية وأما إذا كانت باعتبارها فعهدهما يجوز وعند محمد رحمه الله لا يجوز (قوله وتصير سلعة) يعني الشركة كالدوامها حكم الابتداء ولو كانت ساعة ابتداء لما انعقدت فكذا انتهاء (قوله والأول أقيس) أي كون أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله لأنهم لما اتفقا على جواز بيع فلس بعينه بفلسين بعينهما كانا متفقين أيضاً على عدم جواز الشركة بالفلوس وإن كانت نافقة لأنه لما جاز بيع الواحد بالآخرين في الفلوس عندهما كان للفلوس

النافقة قال (ولا تجوز بما سوى ذلك) كلامه واضح والمبراد بقوله في الكتاب مختصر القدر وروى رحمه الله (قوله تصلح رأس المال فيهما) أي في الشركة والمضاربة

قال المصنف (ومراده التبر) أقول قال في السكافي التبر هو ما كان غير مضر وبمن الذهب والفضة اهله لكن إذا قوبل بالنقد يراه الذهب الغير

(قوله وهذا الماعرف) إشارة إلى أن النقرة لا تتعين بالتعيين لهما) أي الذهب والفضة (قوله الآن الأول) يعني رواية الجامع الصغير (أصح) وجعل ذلك في المبسوط ظاهر الرواية (قوله لانهما) أي لان مثاقيل الذهب والفضة (قوله الآن يجري التعامل باستعمالهما) استثناء من قوله الآن الأول أصح يعني ان عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة أصح الا عند جريان التعامل باستعمالهما فينئذ تجوز الشركة بينهما كذا قيل والاولى أن يجعل استثناء من (٣٩٢) قوله لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص بدلالة السياق (قوله ولا خلاف فيه)

وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينسخ العقد به الا كما قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس المال فيهما وهذا الماعرف انهما مخلقتان في الأصل الآن الأول أصح لانهما وان خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهر الآن يجري التعامل باستعمالهما مضافاً لالتعامل بميزان الضرب فيكون ثمنهما يصلح رأس المال ثم قوله ولا تجوز بمساوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ما يحسنه عليه ووضعيته وان خلطاً ثم اشترى كذا في ذلك في قول أبي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالكين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط كما تعين قبله ولمحمد انها ثمن من وجهه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة الى الحالين

وهذا الماعرف انهما مخلقتان ثم قال (الآن الأول أصح) يعني دراية لانهما انما خلقتا للتجارة (لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص) نخرج ضربهما احداً فانما يتعين البتة وينسخ العقد به لا كما قبل التسليم ولم يجز التعامل بهما ثم قال (الآن يجري التعامل بهما) أي بالتبر والنقرة استثناء من قوله أصح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما فكان الثابت انهما اذا تعاونا بقطع الذهب والفضة صلحت رأس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله أي القدر الذي لا تجوز بمساوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه) بيننا (قبل الخلط) لانهما عرض محضة (لكل منهما ما يحسنه عليه ووضعيته) ويختص بربحه (وكذا ان خلطاً ثم اشترى كذا عند أبي يوسف) أي لكل منهما ما يحسنه عليه ووضعيته لا لتقاء شركة العقد والوضعية تخساره التاجر يقال منه مبنياً للمفعول وضع التاجر وكس في سلعته بوضع وضعية أي خسروا وقال قوم من العرب بوضع كوضع كجول وجول (وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد) اذا كان المخلوط جنساً واحداً (وثمرة الاختلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح) فعند أبي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم (وقول أبي يوسف هو ظاهر الرواية) عن أبي حنيفة لانه يتعين بالتعيين فتكأن عرضاً محضاً فلا يصح رأس مالها وما لا يصح رأس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما أن ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح مال يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقرر الان المخلوط لا يكون الا متعيناً فيقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححاً للعقد (قوله ولمحمد رحمه الله انهما) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (عرض من وجهه حتى تتعين بالتعيين ثمن من وجهه حتى يصح الشراء بهادينا في الذمة) وهو من حكم الائتمان (فعملنا بالشبهين بالإضافة الى الحالين) وهما

حكم العرض ولا يصح العرض لرأس مال الشركة (قوله فيهما) أي في الشركة والمضاربة (قوله الآن الأول أصح) وهو رواية الجامع الصغير ولا تكون المقايضة بمثاقيل ذهب أو فضة (قوله لان عند ذلك لا تصرف الى شيء آخر ظاهر) أي عند الضرب لا يصرف الى شيء آخر من صياغة القلب والخاتم ظاهر (قوله لان يجري التعامل) هذا استثناء عن قوله الآن الأول أصح يعني أن عدم جواز الشركة بمثاقيل الذهب والفضة أصح الا عند جريان التعامل باستعمالهما فينئذ تجوز الشركة بهما قالوا المعتبر فيه التعارف ففي كل بلدة

أي في عدم جواز الشركة بالمكيل والموزون قبل الخلط فيما بينا وان خلطاً ثم اشترى كما قبله الخلاف المذکور في الكتاب وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالكين واشتراط التفاضل في الربح فعند أبي يوسف لا يستحق زيادة الربح بل لكل واحد منهما من الربح بقدر ملكه وعند محمد رحمه الله الربح بينهما على ما شرط ظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف (لانه) أي المذکور من المكيل والموزون والعددي المتقارب (يتعين بالتعيين بعد الخلط) كما يتعين قبله) وهو ظاهر وشرط جواز الشركة أن لا يكون رأس المال مما يتعين بالتعيين لئلا يلزم ربح مال يضمن (وجه قول محمد انهما) أي المكيل والموزون والعددي المتقارب (ثمن من وجهه حتى جاز البيع بهادينا في الذمة ومبيع من وجهه) من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة الى الحالين يعني الخلط وعدمه فلهشبههما بالمبيع قلنا لا تجوز الشركة بها

قبل الخلط ولشبهها بالثمن فاجوز الشركة بهما بعد الخلط وهذا لان اضافة العقد اليها تضعف باعتبار الشبهين فيتوقف ثبوتها على ما يقو بها وهو الخلط لان بالخلط تثبت شركة المالك فتتأكد كدبه شركة العقد لا بحالة بخلاف العرض لانها ليست بمباحل المضروب (قوله بدلالة السياق) أقول ولانه أقرب (قوله حتى جاز البيع الخ) أقول ويلزم ربح مال يضمن اذا باع أحدهما حصته بنصف ما باع به الآخر فليست (قوله وهذا لان اضافة العقد) أقول أي عقد الشركة (قوله فيتوقف ثبوتها على ما يقو بها) أقول فيتوقف ثبوتها

بجلاف العروض لاتهم ليست ثمنًا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمين فخلط لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمدان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسيز من ذوات القيم فتتمكن الجهالة كفاي العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قدينيته في كتاب القضاء

الخلط وعدمه يشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بمقبله ويشبه الثمن بعد الخلط فنجوز الشركة بها بعده وهذا لان الخلط ثبتت شركة المالك فيثبات كدبها شركة العقد (بجلاف العروض) المحضة فانها ليست ثمنًا بحال) وظاهر الرواية هو الاظهر وجهان المكيول والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض له شبه به بل هو عرض محض واذا دافى العرضية في الجهالة وكون الشيء متصلا في حقيقة قوله شبهه باخرى لا يقال له شبهان وغاية ذلك الثبوت في الذمة تعرض عام لحققتين مختلفتين والمفسد وهو ربح ما لم يضمن لا يختل بالخلط والازم قول مالك وقدينيته ولو كان المخلوط لهما جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمين ثم عقد الايجوز الشركة بالاتفاق (والفرق لمحمد) بين العقد بعد صحة الخلط في متقفي الجنس حيث لا يجوز والمختلفين حيث لا يجوز (أن ما كان من جنس واحد من ذوات الامثال) حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل (والمخلوط من جنسين من ذوات القيم) حتى يلزم متلفه قيمته (فتتمكن الجهالة) لانه لا يمكن أن يصل كل منهما الى غير حقه من رأس المال وقت القسمة (كفاي العروض) (قوله فحكم الخلط قدينيته في كتاب القضاء) قيل أراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تأويله أنه بينه في غيره الا أنه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل أن الخلط تعديا يضمن نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه أو بخلاف جنسه ولا يتميز كثير جرح خلطه بغيره أو يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط اسهل من اختلاف ما يترس معه خلط السود بالبيض من البراهم ليس موجبا للضمن لانه يتممكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخلط سواء كان أجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغيره من في عاله كبيرا كان أو صغيرا أو كان في عياله فان لم يفاقر بالخلط فقال أحد المالكين أنا أخذ المخلوط وأعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رضيا بذلك صح وان أبي يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما يذ كرو هو ان يضرب صاحب الحنطة بقيمة المخلوط بالشعير وصاحب الشعير بقيمة غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمة المخلوط الا بالصيغة التي يبعث بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يتحقق أن يضرب بها المخلوط فلها ان يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب انما يستقيم على قول أبي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة أن ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخلط فاما على ما هو ظاهر هذه المخلوط ملك للخلط وحقه ما في ذمته فلا يباع ماله في دينهما ما فيه من الحجر عليه أبو حنيفة لا يرى ذلك والاصح أنه قولهم جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما الى بدل ملكه وهذا لا يباح للخلط الانتفاع بالمخلوط قبل أداء الضمان

جري فيه التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالتقود لا يتعين في العقود وتصح الشركة به ونزل التعامل باستعماله ثمنًا منزلة الضرب المخصوص وفي كل بلد لم يجز التعامل بالمبايعة بالتبر فهو كالعرض يتعين في العقود ولا تصح الشركة به (قوله بالاضافة الى الحالين) يعني جعل المكيول والموزون في حكم الاعمان بعد الخلط لا قبله وانما جعل كذلك لان حق كل واحد منهما بعد الخلط غير متعين كالاعمان بخلاف ما قبله (قوله والفرق لمحمد) رحمه الله تعالى أن المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله فيمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل ومن جنسين من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته فلا يمكن تحصيل رأس مال كل واحد منهما وقت القسمة باعتبار المثل فصار كالعرض (قوله فحكم الخلط ما بيناه في كتاب

فلو اختلفا جنسا كالحنطة  
والشعير والزيت والسمين  
فخلط لا تنعقد الشركة بها  
بالاتفاق فمهم ما يحتاج  
الى افرق وهو ما ذكره أن  
المخلوط من جنس واحد  
من ذوات الامثال حتى ان  
من أتلغه يضمن مثله فيمكن  
تحصيل رأس مال كل واحد  
منه ما وقت القسمة باعتبار  
المثل فتزول الجهالة ومن  
جنسين من ذوات القيم فان  
من أتلغه يضمن قيمته واذا  
كان من ذوات القيم كان  
بمستزلة العروض فممكن  
الجهالة كفاي العروض واذا  
لم تصح الشركة فحكم الخلط  
قدينيته في كتاب القضاء  
أى قضاء الجامع الصغير وأما  
في هذا الكتاب فقد بينه  
في كتاب الوديعة والدليل  
على ان مراده قضاء الجامع  
الصغير قوله قدينيته بلغة  
الماضي يعني ولو كان مراده  
كتاب القضاء من هذا  
الكتاب لقال سنيته والذي  
بينه هنا في كتاب الوديعة ان  
الحنطة اذا كانت وديعة عند  
رجل فخلطها الرجل بشعير  
نفسه ينقطع حق المالك  
الى الضمان



قال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة

فليقاء حقهما يكون لهما أن يستوفيا حقهما من المخلوط اما لصحاب التراضي أو ببيع وقسمه الثمن وان اتفقا على الخلط ورضياه وهو جنس واحد مكمل أو موزون صار عينا مشتركة فإذا باعته انقسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالشباب فباعاها ثمن واحد انقسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعها بعلان كلا منهما بائع الملك وان ثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهم باعتبار القيمة وان كانا جنسين مثليين فالثمن بينهما اذا باع على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخبوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما او ملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا ان لم يزد بالخلط قيمة أحدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان أحدهما يزيده الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقسمون غير مخلوط مثلا بقيمة الشعر يزداد اذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعر يضرب بقيمته غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمته بمخلوطه بالشعر لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد عني رحمه الله في الفصلين جيعا فقال قوله في الفصل الاول انه تعتبر قيمة يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لان استحقاق الثمن به وصار كالمو لم يخلطاه وباعا السكل جملة فان قسمته الثمن على القيمة تكون وقت البيع الآن تكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقيمة سواء ورده شمس الاثمة بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب الصبر الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كافي جار يته مشتركة بين اثنين اعني أحدهما ما في بطنها فهو ضمان لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار الى تقويمه في أول الاوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار الى معرفة قيمة كل في أول اوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم أن الخلط يزداد في مال أحدهما وينقص في مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة مال أحدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل الى وقت القسمة فينقسم الثمن على ما هو حق كل منهما بخلاف ما اذا لم يخلط لان تقوم ملك كل منهما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع (قوله واذا أراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فصار شركتهما ملك ثم عقد الشركة)

قال (واذا أراد الشركة بالعروض) لما كان جواز عقد الشركة متعصفا في الدراهم والدينانير والفلوس النافقة وفي ذلك تصديق على الناس ذكر الحيلة في تجوز العقد بالعروض توسعة على الناس فقال (واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم عقد الشركة) لانه اذا باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر صار نصف مال كل واحد منهما مضمونا على الآخر بالثمن فكان ربح الحاصل ربح مال مضمون فيكون العقد صحيحا

القضاء) أي قضاء الجامع الصغير لانه ذكر حكم الخلط في كذب الوديعة في الهداية (قوله واذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر) وانما يبايعان على هذا الوجه احتراز عن الفساد الذي ذكر في عقد الشركة بالعروض وهو اذا واه الى ربح مال مضمون لان مال كل واحد منهما عند صاحبه في العروض غير مضمون وما استحقه أحدهما من فضل ربح مال صاحبه كان ربح مال مضمون على ما ذكر فلا يجوز وأما اذا باع كل واحد منهما نصف عرضه من صاحبه كان نصف كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فكان الربح الحاصل من مالهما ربح مال مضمون عليهما فيجوز رد كرفي الذخيرة ثم الحيلة في تجوز الشركة بما يتعين في العقود أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرضه صاحبه حتى صار مال كل واحد منهما مشتركا بينهما مشتركا ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة ان شاءا معاوضة وان شاءا عنانا وكذلك لو باع صاحب العرض نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه وتقابضا ثم عقداه بعقد الشركة معاوضة أو عنانا ناجزا ويصير العرض رأس مال الشركة والعروض بعد ما صار مشتركا بينهما يصلم رأس مال الشركة وان كان ذلك لا يجوز ذكره الامام خواهر زاده رحمه الله على هذا الوجه وفي الكافي للعلامة

قال المصنف رحمه الله (وهذه شركة ملك لما بيننا ان العروض لاتصلح رأس مال شركة) واستشكك الشارحون بأنه لو كان المراد بالشركة شركة الملك لم يحتج الى قوله ثم عقد الشركة وبان العروض لاتصلح رأس مال الشركة اذ لم يبيع أحد منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر اذ اذ باع فهو الحيلة في جوازها ثم أجاب بعضهم بان معنى قوله ثم عقد الشركة عقد شركة ملك حتى يصح قوله وهذه شركة ملك وهو بعيد لان غرض القدوري رحمه الله بيان الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وقال آخرون معناها انهم اشركوا في ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كالعقد لكون رأس المال عرضا ونظام كلام المصنف لا يساعده وانا اذكر لك ما ذكره شيخنا العلامه عبد العزيز في هذا المقام من غير زيادة ولا نقصان لانه حل مفيد في هذا المعنى قال عدم جواز الشركة بالعروض مبني على معينين أحدهما بيع مالم يضمن كإيبننا والثاني جهالة رأس المال فاذا باع أحدهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقد الشركة قال القدوري يجوز واختاره شيخ الاسلام وصاحب الذخيرة وصاحب شرح الطحاوي والمزني من أصحاب الشافعي رحمه الله لان رأس المال صار معلوما وصار نصف مال كل منهما بالبيع مضمون وعلى صاحبه بالثمن فكان الرجحان الحاصل من ماليهما يرجح مال مضمون عليهما فيجوز ولولا ذلك باع أحدهما عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم عقد الشركة عنان أو مغاوضة يجوز زلزال الجهالة لصيرة والعروض مشتركة بينهما فيكون هذا وقيل على قياس قول محمد رحمه الله يجوز كافي المكيل والموزون بعد الخلط وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز الا أن يكون مضافا الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فعلى هذا يكون العقد على الدراهم واختار شمس الأئمة السرخسي وصاحب الهداية انه لا يجوز عقد الشركة بالاتفاق وهو أقرب الى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والرجح عند القسمة بخلاف المكيل والموزون بعد الخلط عند محمد زلزال الجهالة أصلا لانهم من ذوات الامثال وبخلاف ما اذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشترى كالان الدراهم هذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم ثبت حكم الشركة في العروض تبعا وقد يدخل في العقد تبعا مالا يجوز ايراد العقد عليه كبيع الشرب تبعا للارض ثم (٣٩٥) المصنف اختار عدم الجواز وعدل عما ذكره القدوري فقال وهذه شركة

قال (وهذه شركة ملك) لما بيننا ان العروض لاتصلح رأس مال الشركة وتاويله اذا كان قيمة متاهما على مغاوضة أو عنانا فقبل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز الا أن تكون مضافة الى حال بيعهما العروض بالدراهم فانه يجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فانما يثبت العقد بالدراهم والحق أن جواز هذا الاختصاص بقول واحد منهما النسق رحمه الله قوله في الهداية وهذه شركة ملك مشكل لان شركة الملك تحصل بمجرد بيع كل واحد منهما نصيبه ولا حاجة في ذلك الى العقد فعوله ثم عقد الشركة ينفي كونها شركة ملك الا أن يقال أراد به هي شركة ملك وان عقد الشركة لان هذا العقد كالعقد لكون رأس المال عرضا الى هذا كلامه وقوله لان هذا العقد المصنف بقوله والنية في الوضوء سنة وله في هذا الكتاب نظائر كثيرة

و (قوله أن العروض لاتصلح الخ) أقول تأمل في هذا العطف (قوله وقال آخرون) أقول أراد صاحب الكافي (قوله ونظم كلام المصنف لا يساعده) أقول فيه بحث فان مراد ذلك القائل أيضا ان المصنف لم يقبل كلام القدوري وسبب الشارح اليه أيضا في آخر كلامه (قوله وانا اذكر لك ما ذكره شيخنا العلامه عبد العزيز الخ) أقول شيخنا الشارح هو الامام العلامة قوام الدين السكاكي صاحب معراج الدراية في شرح الهداية وشيخه هو الامام مولانا عبد العزيز البخاري صاحب كشف البردوي (قوله والثاني جهالة رأس المال) أقول كبديل عليه قول المصنف فتتمكّن الجهالة كافي العروض (قوله وصاحب شرح الطحاوي) أقول أراد به الامام أبابكر الرازي المعروف بالجصاص فانه قال في شرحه مختصر الطحاوي قال محمد ان أراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر وتقابض حتى يصير ذلك كله بينهما ثم يشترى كان بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشترى كاهكدا مغاوضة جاز حتى ذلك أبو الحسن ثم قال أبو بكر الرازي وانما جاز لانهم ما متساويان في المال شريكان فهو لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لان جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين الى هنا لفظ أبي بكر نقله الاثافي عنه اذا علمت هذا علمت أن قوله وهو أقرب الى الفقه لبقاء الجهالة منظور فيه فانما جهالة لا تنفي الى النزاع والمفسد للعقد من الجهالات ما يغني عن المنازعة وانما قلنا لا تنفي الى النزاع لانه لا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة ليحصل رأس المال حتى يظهر الرجحان فيقسم له بخلاف الزيت وسمين المخلوطين فانما يتقاربان في القيمة فيؤدي الى النزاع حين القسمة لتعسير رأس المال وعليك بالتأمل الصادق (قوله على صاحبه بالثمن) أقول الذي هو نصف مال صاحبه (قوله وكان الرجحان الحاصل الخ) أقول الظاهر أنه يلزم هنا أيضا يرجح مالم يضمن اذا باع أحدهما ما يخصه من الملك بمائة مثلا والآخر بمائتين فان حصة الآخر غير مضمون على الاول مع أنه يكون شريكا معه في المائتين فليتأمل

وقوله (يبيع صاحب الأقل بقدر ما ثبت (٣٩٦) به الشركة) نظيره ما إذا كان قيمته عرض أحدهما أو بهما تدورهم مثلاً وقبلة

السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما ثبت به الشركة قال (وأما شركة العنان فتعقد على الوكالة دون الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركا في عوم التجارات ولا يذكر أن الكفالة) وانعقاده على الوكالة لا تحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الاعراض يقال من له أي عرض وهذا لا ينفي عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ (ويصح التفاضل في المال) للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة

وقد تواردت كلمة أهل المذهب عليه وهذا لأن المانع من كون رأس مال الشركة عرضاً كل من أمرين لزوم ربح مال يضمن وجهه رأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما امتنع فيكون كل واحد منهما ما هو مضمون عليه ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما لأنه لا يحتاج إلى تعريف رأس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك بالخز رفقة الجهالة لأنهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل واحد يحصل من الثمن بينهما نصفان وعلى هذا فنقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من حزم بأنه قصد إلى الخلاف حقيقة اختياراً منه لعدم الجواز وإن لم يضع على طريقة الخلاف كما قال القدوري أول الكتاب ويستحب للمتوضي أن ينوي الطهارة فقال المصنف والنية في الوضوء سنت ولم يضع الخلاف وضعه المعروف ولذا اختار شمس الأئمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات العروض بل للآزم الباطل وعلمت أنه متنفذ (قوله وأما شركة العنان فتعقد على الوكالة دون الكفالة) وهو أن يشترك اثنان في نوع من التجارات بر أو طعام أو يشتركا في عوم التجارات ولا يذكر أن الكفالة) لأنها خاصة بالمفاوضة وعلى هذا فلا بد كرها أو كانت باقية شرطاً متوفرة انعقدت مفادتها تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذلك جميع مقتضياتها وإن لم تكن متوفرة ينبغي أن تنعقد عناثاً هل تبطل الكفالة يمكن أن يقال تبطل لأن العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن أن يقال لا تبطل لأن المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لاعتبار عدمها فصح عناثاً ككفالة كل لا تخز زيادة على نفس الشركة أي كذا أنها تكون عناثاً مع العموم باعتبار أن الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الآن الأول قد يرجح بأن هذه الكفالة لمجمل فلا تصح إلا ضمناً فإذا لم تكن مما تتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الاقصاد فلا تصح بخلاف ما لو انعقدت المفاوضة بغير اغراض المفاوضة بان ذكر كل مقتضياتها فإن منها الكفالة وتصح فإن هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبر في مفهومه الكفالة (قوله من عنى كذا) أي عرض قال امرؤ القيس

فمن اناس رب كان نعاجه \* عذارى دوار في ملاء مذبل  
أي اعترض لناس رب أي قطيع يريد من بقرة الوحش كأن نعاجه عذارى أي أبكار دوار وهو اسم صنف كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفخها وقوله في ملاء تشبيه لنعاجه البقرة في استرخاء لهما اسمها بالعذارى والملاء المذبل أي الطويلان الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي المساواة بل عروض عرض تغلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعومه وقبل ماخوذ من عنان الغرس كما ذهب إليه الكسائي والاصمعي فإنه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه أولاً لأنه يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الغارس طولاً وقصر في حالتي الارخاء وضده إلا أنه

كلا عقداً أو أدبه أنه لم تثبت هذه الشركة في هذا المال بالعقد وسلم وإن أراد أن هذا العقد لا أثر له في الاستفاد بعد هذا فممنوع لأن هذا العقد يقيّد أو كيد كل واحد منهما صاحبه يبيع نصيبه ثم بالشراء بعده بثمنه (قوله ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الأقل بقدر ما ثبت به الشركة) بيان ذلك هو أن تكون قيمة عرض أحدهما أو بهما ثلث قيمة عرض الآخر فإنه يبيع صاحب الأقل أو أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فصيّر المتاع كله أخماساً ويكون الربح بينهما قدر رأس مالهما (قوله يقال عن له) أي اعترض قال ابن السكيت كأنه عن لهما شيء فاشتركا فيه أو من عنان الغرس كما ذهب إليه الكسائي

عرض صاحب الأقل بقدر ما ثبت  
يبيع صاحب الأقل أو أربعة  
أخماس عرضه بخمس  
عرض الآخر فصيّر المتاع  
كله أخماساً ويكون الربح  
بينهما على قدر رأس مالهما  
والله أعلم قال (وأما شركة  
العنان) هذا عطف على قوله  
في أول كتاب الشركة فاما  
شركة المفاوضة والعنان  
ماخوذ من عنان الغرس لان  
سمى به لأنه شيء عرض في  
القدر لأعلى عوم الوكالة  
والكفالة وقبل أنه ماخوذ  
من عنان الغرس لان  
الغارس يمسك العنان  
بأحدى يديه ويتصرف  
بالأخرى فكذلك الشريك  
هنا شارك في بعض ماله  
وانفرد بالباقي وكلامه  
ظاهراً وقوله (كما بيناه)  
إشارة إلى قوله من قبل  
وشرطه أن يكون التصرف  
المعقود عليه عقد الشركة  
قابلاً للوكالة ليس يكون  
ما يستفاد بالتصرف مشتركاً  
بينهما فيحقق حكمه  
المطلوب منه

قال المصنف (أو يشتركان  
الح) أقول قال الاتقاني  
عطف على سبيل القناع  
تقديره أو هما يشتركان  
انتهى وقد تم عمل أن  
المصدرية تشبها لهما  
المصدر بقرينة قوله تعالى  
لمن أراد أن يتم الرضاعة  
فبين قرأ برفع يتم قال المصنف  
(وحكم التصرف لا يثبت

(ويصح)

الح) أقول فيه بحث الآن يقال المراد لا يثبت بلا دليل خارج ولم يوجد

و يصح ان يتساوى في المال ويتفاضل في الربح و جملة القول في ذلك انهم ان شرط العمل عليهم ما و شرط التفاوت في الربح مع التساوى في رأس المال جاز عند علمائنا الثلاثة ويكون الربح بينهما على ما شرطوا وان عمل أحدهما دون الآخر أو ما إذا شرط العمل على أحدهما فان شرط الربح بينهما على قدر رأس ماله جاز و يكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة عند العامل له و يحرم عليه و ضيعته وان شرط الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضا على الشرط و يكون مال المدافع عند العامل (٣٩٧) مضاربة ولو شرط الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط

و يكون مال المدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما جاز ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس ماله ما أبدا (قوله وهو قول زفر والشافعي) واضح (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرط العاقدان والوضيعة على قدر المال) رواه أصحابنا في كتبهم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه (قوله من غير فصل) يعني بين التفاضل والتساوي (قوله كافي المضاربة) اعترض عليه بأنه إذا ألحقتم هذا العقد بالمضاربة صار في التقدير كأنه قال أعمل في مالك و ربحه لك وأعمل في مالي و ربحه بيننا وفي المضاربة إذا شرط عمل رب المال فيها يبطل العقد وقد جوزتم هذه الشركة وان شرط عملهما أو أوجب بأنه ليس هذا العقد مضاربة من كل وجه على ما سنده كرهه الله سبحانه ووجه ما أشبهه الشيء من وجه لا يلزم أن يأخذ حكمه من كل وجه وقوله (بمخلاف اشتراط جميع الربح) جواب عما

(و يصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح) وقال زفر والشافعي لا تجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح مالم يضمن فإن المال إذا كان نصيبين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بالضممان إذا الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا يشترط أن الخاط فصار ربح المال بمنزلة تمام الاعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم الربح على ما شرطوا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمالي يستحق بالعمل كافي المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لأحدهما لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض بأشترطه للعامل أولى بضاعة بأشترطه للمال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسمها اشتقاق غير صحيح الإيهام مع ولا بد منه كافي استحقاق الطين وأمثاله (قوله) ويصح أن يتساوى في رأس المال ويتفاضل في الربح) وعكسه بأن يتفاضل في رأس المال ويتساوى في الربح وهو قول أحد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله ويتفاضل لا يحل ليس على إطلاقه بل ذلك فيما إذا شرط العمل عليهما سواء عملا أو عمل أحدهما أو شرط العمل على من شرط له زيادة الربح وان شرط العمل على أقلهما جاز لا يجوز وجه قول الثلاثة أن ذلك يؤدي إلى ربح مالم يضمن لأن استحقاق أحدهما لتلك الزيادة بلا ضمان لأن الضمان بقدر رأس المال وصار كل وضعية قائمها لا تكون الأعلى قدر رأس المال اعتبار الربح بالخسران (ولنا) ما ذكر المشايخ من (قوله) صلى الله عليه وسلم الربح على ما شرطوا والوضيعة على قدر المالين ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه إلى علي رضي الله عنه (ولأن الربح كما يستحق بالمالي يستحق بالعمل كافي المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأكثر عملا وأقوى فلا يرضى بالمساواة فست الحاجة إلى التفاضل) رأينا (هذا العقد) أي شركة العنان يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال غيره وهو (الشريك) ويستريح به (ويشبه شركة والاصح) الآن كلامهما جعل عنان التصرف في بعض المال إلى صاحبه أولا لأنه يجوز أن يتخاوتا في رأس المال والربح كالتفاوت العنان في يد الراكب حالة المد والارخاء ويصح التفاضل في المال الحاجة اليه وهي ما بينهما في التفاضل في الربح ويصح أن يتساوى في المال ويتفاضل في الربح وقد كوفي فتاوى فاضليته وجهه الله فان شرط المساواة في المال واشترط لأحدهما فضل ربح ان شرط العمل عليهما كان الربح بينهما على ما شرطهما لا جعلا وعمل أحدهما دون الآخر فان شرط العمل على المشرط له فضل الربح جاز أيضا وان شرط العمل على أقلهما جاز لا يجوز (قوله) إذا الضمان بقدر رأس المال) ففي شرط لأحدهما زيادة صار المشرط له تلك الزيادة أخذها باها من غير ضمان وهذا لا يجوز (قوله) الربح على ما شرطوا والوضيعة على قدر المالين (والفرق بين الربح والوضيعة أن الربح يجوز استحقاقه بالعمل بدون المال كافي المضاربة فبالعمل مع المال أولى أما الوضعية فلهلاك جزء من المال وكل واحد منهما أمين فيما يده من مال صاحبه واشترط الضمان على الأمين بطل الأثرى أنه لا يجوز اشتراط الوضعية على المضارب لما قلنا كذا هنا (قوله) وهذا العقد) أي شركة العنان يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك (قوله) ويشبه الشركة) أي

يقال إذا شرط جميع الربح لأحدهما لا يجوز فكذلك إذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال ووجه الجواب أن بشرط جميع الربح يخرج العقد من الشركة والمضاربة إلى قرض أو بضاعة لأنه ان شرط الجميع للعامل صار قرضا وان شرط لرب المال صار بضاعة وهذا العقد لا يجوز أن يخرج عنهما لأنه يشبه المضاربة من حيث أنه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة أي شركة المفاوضة اسمها

(قوله) ويكون مال الذي لا عمل عليه بضاعة) أقول يعني لا شركة (قوله) ويكون مال المدافع عند العامل مضاربة) أقول يعني لا شركة قال المصنف (إذا الضمان بقدر الخ) أقول هذا ممنوع وقد سبق بعض التفصيل

وتجلا فأنهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقتلنا يصح اشتراط الرجوع من غير ضمان فان اشتراط زيادة الرجوع موجود في المضاربة وهو جائز مع ذلك بالاجماع وهذا يتضمن الجواب عن قولهما ان اشتراط زيادة الرجوع لاحدهما يؤدي الى الرجوع مالم يضمن وعملنا بشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال (ويجوز ان يعقدها كل واحد على نفسه) أي يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليست بشرط فيه أي (٣٩٨) في هذا العقد اذا لفظ أي لفظ العنان لا يقتضيه أي لا يقتضي المساواة بتأويل

وعلا فأنهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة وقتلنا يصح اشتراط الرجوع من غير ضمان ويشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال (ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض) لان المساواة في المال ليست بشرط فيه اذا لفظ لا يقتضيه (ولا يصح الايمانين) ان المفاوضة تصح به الوجه الذي ذكرناه (ويجوز ان يشتركا من جهة أحدهما اذا نير ومن الآخر دراهم وكذا من أحدهما دراهم بيض ومن الآخر أسود) وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسببنا من بعد ان شاء الله تعالى قال (وما اشترى كل واحد منهما للشركة طوبى بئس منه دون الآخر لما بيننا) انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق قال (ثم يرجع على شريكه بحصته منه) معناه اذا أدى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقض من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو يشكر والقول للمذكر مع غيره قال (واذا هلك مال الشركة أو أحد المالكين قبل أن يشترى شيئا بطلت الشركة) لان العقود

المفاوضة اسماء وعلا فأنهما يعملان معا فعملنا بشبه المضاربة في اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا ومع الآخر وان كان رجاء بلا ضمان وبشبه المفاوضة حتى آخرنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة بنفسها اشتراط العمل على رب المال لا يبطل اعتبار شبهها الآخر الذي باعتبارها آخرنا الزيادة في الرجوع لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الرجوع لاحدهما فانه لا يجوز لان العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة أيضا الى فرض ان شرط للعامل كانه أقرضه ماله فاستحق جميع رجوعه والى بضاعة ان شرط لرب المال الا أنه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها الا أن يمنع ويقال بل الرجوع يستحق في الشرع نارة بالعمل ونارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط بعمله وان شرط عمل الآخر لكن قد يكون ذلك أحق وأقوى الخ (قوله اذا لفظ) أي لفظ العنان لا يقتضي المساواة ولا يبنى عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جاز ان يعقدها كل تبعض ماله ويجوز اذا كان من جهة أحدهما اذا نير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة أحدهما وبيض من جهة الآخر وان تعاوتت قيمتهما والرجوع على ما شرط فيها تساويا وتعاونا على قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي بيناه (قوله واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة) وكذا لو هلك أحد المالكين قبل الخلط وقبل الشراء لم يملك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد

شركة المفاوضة فعملنا بشبه المضاربة وانما أظهرنا شبه المضاربة في حق اباحة زيادة الرجوع بغير ضمان ليمكننا العمل بالشبهين فانما متى اعتبرناهما مضاربة في اشتراط عملهما أو بطلناهما لم يتصور استحقاق الرجوع أصلا بحكم الشركة فيتعذر العمل بالشبهين (قوله ويشبه الشركة) حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما وفي المضاربة اذا شرط عمل رب المال بطل العقد وذلك لان المضاربة أمانة وتعمام الامانة يقف على التخليه بين الامين والوديعه فاذا شرط عمل رب المال لم توجد التخليه وأما في الشركة فكل واحد منهما كالاجير في مال الآخر فشرط عمل رب المال معني لا يبطل العقدان من استأجر أجيرا ليعينه على العمل كان جائزا (قوله لوجه الذي ذكرناه) وهو أنه يؤدي الى الرجوع مالم يضمن (قوله ويجوز ان يشتركا من جهة أحدهما اذا نير ومن الآخر دراهم) يريد أي شركة كانت مفاوضة أو عتانا (قوله فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله) أي الشراء

الاستواء بخلاف لفظ المفاوضة (قوله لوجه الذي ذكرناه) يعني ما ذكره في أول هذا الفصل انه يؤدي الى الرجوع مالم يضمن وقوله (ويجوز ان يشتركا) ظاهر وقوله (فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله) يعني اذا لم يعرف انه أدى الثمن من مال نفسه أو من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة فان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه (قوله فاذا هلك مال الشركة) ظاهر وقد الوكالة بالمفردة احترازاً عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فأنما فيها تبطل ببطولان ما تضمنها من الشركة والرهن لان المتضمن يبطل ببطولان المتضمن تبعا وأما الوكالة المفردة

قال المصنف (فعملنا بشبه المضاربة) أقول قال الاتقاني هذا جواب لقول زفر والشافعي ان التفاضل في الرجوع تساوى المال يؤدي الى الرجوع مالم يضمن بعد التسليم وانما قال بعد التسليم لانه بين في أوائل

الفصل عدم الرجوع مالم يضمن (قوله يعني اذا لم يعرف أنه أدى الثمن من مال نفسه الخ) أقول وفي شرح الاتقاني عليه ثم اذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لامن مال الشركة الا بقوله والظاهر ان هذا هو الصحيح لان مال الشركة أمانة في يده والقول للامين مع البين نامل فان مراد الشارح من مال الشركة هو مال نفسه الذي عقد عليه الشركة فكلامه صحيح أيضا (قوله فأنما فيها تبطل الخ) أقول وان لم يقبض المال

كن وكل رجل بشره عبدا ودفع اليه دراهم فهلكت فانها لا تبطل وأما المضاربة فقد قال نفع الاسلام في شرح الزايدات بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلك قبل التسليم بطلت المضاربة وهو مخالف لما ذكره المصنف انهما تتعين فيها بالقبض فاعلم في المسئلة روايتين (قوله لانه ما رضى بشركة صاحبه في ماله) أي الشريك الذي لم يملك ماله ما رضى بشركة صاحبه الذي هلك ماله الاعلى تغدير بقاء ماله بشركته في ماله كما يشترك هو في مال هذا (قوله وأيهما هلك هلك من مال صاحبه) ظاهر وقوله (ثم الشركة شركة عقد عند محمد بخلاف الحسن بن زياد) فائدته تظهر في حق جواز بيع الكل فعند محمد أي ما باعه جاز يبيع لان الشركة (٣٩٩) قدمت في المشتري فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها كولو كان الهلاك

بعد الشراء بالمالين جميعا وعند الحسن بن زياد لا ينفذ بيع أحدهما الا في حصته لان شركة العقد قد بطلت بهلاك المال كولو هلك قبل الشراء بمال الآخر وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو المالك فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك

(قوله لمن وكل رجل الخ) أقول بخلاف للشروح ألا يرى إلى قول المصنف وانما يتعينان بالقبض ويمكن أن يجاب بان الدفع قد يكون لا قبض فانه يوجد بالتخلف والوضع بين يديه صرح بذلك المصنف من كتاب الاقرار قال المصنف (بخلاف المضاربة) أقول قال الاتقاني فيه نظر لأن النقود تتعين في المضاربة والشركة جميعا قبل القبض والتسليم حتى اذا هلك قبل التسليم بطلت انص عليه في الزايدات في باب من الوكالة بالشئ يكون على

عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كفي الهيئة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيها بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيها اذا هلك المالك وكذا اذا هلك أحدهما لانه ما رضى بشركة صاحبه في ماله الا لشركته في ماله فاذا كان ذلك لم يكن واضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وأيهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان هلك في يد الآخر لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يملك هلك على الشركة لانه لا يتبين فيجعل الهالك من المالين (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالشركة بينهما على ما شرط) لان المالك حين وقوعه ومشتريه كايدهما للقيام بالشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد بخلاف الحسن بن زياد حتى ان أيهما باع جاز يبيع لان الشركة قدمت في المشتري فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها

ماله أو يبدل بملكه لانه أمانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يملك غلظ مال عدم التمييز قبل الشراء أما الاول فلان مال كل واحد قبل الشراء وقبل الخلط باق على ملكه وما بطلان الشركة (فلان المعقود عليه عقد الشركة هو المال) المعين (لانه يتعين) بالتعيين (في الشركة) والهيئة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كفي البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيها بالتعيين (وانما يتعينان بالقبض) حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشتر بالموكل حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله أمالو هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن ديني في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المالك واحترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فانما يبطل بطلان الشركة وهذا ظاهر فيها اذا هلك المالك (وكذا اذا هلك أحدهما لانه) أي الشريك الذي لم يملك ماله (لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا لشركته) هو أيضا (في ماله) بتقدير بقاءه (فاذا كان ذلك) ظهر وقوع ما (لم يكن راضيا) به عند عقد الشركة (فيبطل العقد لعدم فائدته) وهي الأثر التي فيها يحصل (قوله فان اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالشركة بينهما على ما شرط لان المالك حين وقوعه ومشتريه كايدهما للقيام بالشركة وقت الشراء) لان الهلاك لم يقع قبله ليعطل فيقتض المشتري بما اشتراه (فلا يتغير الحكم) أي حكم الشركة (بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة) الواقعة في هذا المشتري بعد هلاك مال الآخر (شركة عقد عند محمد بخلاف الحسن بن زياد

والنقد بان قال اشترى عبد او قدمت الثمن من مالي ومات العبد فهذا مما لا يعرف الا بقوله (قوله بخلاف المضاربة والوكالة المفردة) فان النقود لا تتعين فيها بالتعيين وانما يتعينان بالقبض وقيد الوكالة بالمفردة احتراز عن الوكالة التي في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فان الوكالة فيها تبطل بطلان ما يتضمنا من الشركة والرهن (قوله بخلاف الحسن بن زياد وجهه انه) فانها شركة ملك عنده حتى لا ينتقد ببيع أحدهما الا في حصته لان شركة العقد بطلت بهلاك أحد المالين فان هلك أحد المالين ثم اشترى الآخر بماله ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان صرحا عند عقد الشركة أن ما اشتراه كل واحد منهما بماله هذا يكون

غير ما أمره انتهى قال الاكمل ولعل فيهما روايتين (قال المصنف بخلاف الحسن بن زياد) أقول قال الاتقاني فان عنده شركة ملك فقط حتى لا ينفذ بيع أحدهما الا في نصيبه وجه قول الحسن أن الشركة التي عقدها ارتفعت بهلاك مال الآخر وانما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فلم يجز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر انتهى ويؤيد قول الحسن أن لغير الامور والمستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء فليست أم في دفعه فان رأس المال لم يتقدم هذا لصاحبه المشتري له بقاء

قال (و يرجع على شريكه بمحصته من ثمنه) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالكين أو لانه هلك مال الآخر أو ما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر أو أن صرحا بالو كالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطان الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح بها فاقعة فكان مشتركا بحكم الو كالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بمحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرنا مجرد الشركة ولم ينص على الو كالة فيها كان المشتري للمشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الو كالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالو كالة لانها مقصودة قال (وتجوز الشركة وان لم يخلط المال) وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب المال فيسقط

رجعها الله) فانها شركة ملك عنده حتى لا ينفعه بيع أحدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كماله هلك قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق الاحكام ذلك الشراء وهو الملك فيلزم انفراد الملك لعدم ما وجب زيادة عليه ولحمده وعليه اقصر المصنف ان هلك مال أحدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الآخر وهو الشراء به سافلا يكون الهلاك مبطلا لشركة العقد بينهما بعد تمامها كماله كان بعد الشراء بالمالكين (واذا وقع) المشتري على الشركة (ويرجع على شريكه بمحصته من الثمن) لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه (وقد بيناه) قريبا (هذا اذا اشترى أحدهما بأحد المالكين أو لانه هلك مال الآخر أو ما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) يعني الذي في يده المال (بالمال الآخر أو أن صرحا بالو كالة في عقد الشركة) بان قاله عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا كذا صورته في المبسوط (فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطان الشركة ان بطلت فالو كالة المصرح بها فاقعة فتكون شركة ملك) وبهذا جتمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال بحسب وجه افقه في بعض المواضع فاشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما جعل بمحل الاول اذ لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها ومحل الثاني اذا صرحا بماله على ما ذكره وقوله (لما بيناه) يريد قوله لانه وكيل من جهته الخ (قوله وتجوز الشركة وان لم يخلط المال) وبه قال مالك وأحمد وجه ما لله تعالى الا أن المال كاشروط أن يكون تحت يدهما بان يكون في مأنوف أو في يدوكليهما (وقال زفر والشافعي رجعها الله لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا بالاصل على الشركة وانه) أي الشركة في الاصل على معنى الاشتراك (بالخلط) لما سلف من أن معناها الاختلاط أو الخلط على ما حققناه فلا

مشتركا بينهما فالمشترى مشترك بينهما كما شرطان الشركة ان بطلت بهلاك أحد المالكين فالو كالة المنصوص عليها باقية فكان المشتري مشتركا بينهما بحكم الو كالة وكانت شركة ملك حتى لا يملك أحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر ويرجع المشتري على صاحبه بمحصته من الثمن لانه اشترى بعضه بحكم الو كالة ونقد الثمن من مال نفسه ويرجع به عليه وان ذكرنا مجرد الشركة ولم يصرحا بالو كالة فيها فالمشترى للمشتري خاصة لان الوقوع على الشركة حكم وكالة تثبت في ضمن الشركة وقد بطلت الشركة بملاك مال أحدهما فبطل ما في ضمنها لا بقاء لما ثبت ضمنها بعد فوات المتضمن بخلاف ما اذا صرحا بالو كالة لكونها مقصودة فلا تبطل ببطلان الشركة كذا ذكر في بعض المواضع اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون المشتري بينهما نصيبين يريد به اذا صرحا بالو كالة عند عقد الشركة (قوله وأنه بالخلط) اذا الشركة عبارة عن الاختلاط وذلك انما يتحقق بالخلط بالملك والمعتبر في كل عقد ما هو قضية اسم ذلك العقد كالحالة والكفالة فاذا خلط المالكين على وجه لا يمكن تمييز أحدهما عن الآخر فقد تحققت الشركة في المال فتبقي عليه الشركة في الربح فلما قبل الخلط لم تثبت الشركة في المال حتى اذا هلك رأس مال أحدهما كان هالكه كالعامة خاصة فلا تثبت الشركة في الربح (قوله وهذا لان المحل هو المال) يعني أن محل العقد هو المال لا الثمن أنه يضاف الى المال

(قوله وقد بيناه) اشارة الى قوله معناه اذا أدى من مال نفسه الخ (قوله أما اذا هلك مال أحدهما ثم اشترى الآخر) واضح (قوله لما بيناه) اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته (قوله وانه بالخلط) أي الشركة في الاصل على ما يدل الاشتراك (قوله وهذا اشارة الى قوله لان الربح فرع المال) يعني وانما قلنا ان الربح فرع المال لان المحل أي محل الشركة هو المال ولهذا يضاف اليه ويقال عقد شركة المال ويشترط تعيين رأس المال

(قوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه وكيل من جهته) أقول والاقرب أن يجعل اشارة الى قوله آ نقلا لانه اشترى نصفه بوكالته



وما اعتبر التعيين الائتكون الشركة في الثمن مستندة الى المال بخلاف المضار به فانما تصح بدون الخلط لان المالك بـ شركة وانما هو عامل لرب المال فيستحق الربح عمالة على قدر عمله (قوله وهذا أصل كبير) إشارة الى قوله لان الربح فرع المال (قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس) يعني بناء على أصلهما ذلك فانه اذا كان رأس مال أحدهما دراهم والاخر سواد ولا تجوز شركة التقبل أي على قول زفر والشافعي لانعدام المال وانان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال وكل ما هو مستند اليه هو الاصل أما انهم مستندة الى العقد فلان العقد يسمى شركة لا المال فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه وأما ان كل ما هو مستند اليه هو الاصل فلان المراد بالمستند اليه هو أن يكون غير مبني (٤٠١) عليه وذلك حد الاصل وانما عبر عنه

بهذه العبارة لان الربح في الحقيقة يحصل من التصرف والتصرف يحصل من العقد لان كل واحد منهما يتصرف في الكل في بعضه بطريق الاصل وفي بعضه بطريق الوكالة فكان العقد علة العلة وجاز أن يضاف الحكم الى علة العلة كما جاز أن يضاف الى عين العلة واذا كان الاصل هو العقد وهو موجود يثبت الحكم في القصر وهو الربح وان لم يختلط المالان والدليل الثاني وهو قوله ولان الدراهم والدنانير لا تعينان كالشرح للدليل الاول فان قيل لو كان العقد هو الاصل دون المال لما بطلت الشركة بهلاك المال قبل أن يشتري به شيئاً لان هلاك المال وبقاءه اذ ذلك بمنزلة لكون الاصل وهو العقد قد وجد والمال موجود فلا يباي بعد ذلك ببقائه أجب بان بقاء الاصل شرط لوجود الفرع والاصل قد انتفى بانتفاء شرطه وهو المحل فكذلك

الربح عمالة على عمله أما هنا بخلافه وهذا أصل كبير لها حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا أن الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطاً ولان الدراهم والدنانير لا تعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف أصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط

تحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان المعنى في كل عقد شرعي ماهو مقتضى اسمه قال المصنف (وهذا أي كون الربح فرع المال) (أصل كبير لها حتى تفرع) عليه (اعتبار اتحاد الجنس) فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم والاخر سواد ولا اذا كان لاحدهما مائض ولا سواد لعدم تحقق الخلط واختلاط بحيث لا يتميز مالا واحدهما عن الآخر (ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال) لاختلاف الشركة في الاصل والفرع ولا شركة التقبل والاعمال لعدم المال (قوله ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال) حاصل تقرر بالشارحين ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كإضافة الى العلة يضاف الى علة العلة وأنت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علة العلة لمعارف ان لا أثر للعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة أولى بالاعتبار من مجازها في حكم بنبي على الاضافة وانما وجه التقرر بالمراد ان الربح المستحق شرعاً لكل من الشرير يكن في مال الآخر ليس مضافاً الى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال معناها انه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بمقتضى ما هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك أن حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان مأذوناً فيه شرعاً لا يوجب حل الربح للمتعرف كما في المبيع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة تحقيقاً فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يقيد به شرعاً وهو الشركة في الربح والتصرف معاً لان أحدهما عن الآخر ليكون علة العلة بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف الاسم على خلط المال لان المال محل العقد شرط لتحقيقها خارج عنه ثم قال المصنف (ولان الدراهم والدنانير لا تعينان يعني عند

يقال شركة المال والشيء انما يضاف الى سببه أو محله ولا سببية هنا فيكون محلاً للمحل شرط لا سبباً (قوله ولهذا يضاف اليه) أي يقال عقد شركة المال (قوله وهذا أصل كبير لها) وهو أن الربح فرع المال ويتنى على هذا الاصل شرط اتحاد الجنس والمساواة في الربح والمال وبطل شركة التقبل والوجود عند الشافعي رحمه الله لعدم المال (قوله ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد) يعني أن الاشتراك في

(٥١ - فتح القدير والكفاية - خامس) الفرع واعتصر أيضاً بان المالين اذا لم يختلطاً بقيا متميزين ولا شركة مع

(قوله وما اعتبر التعيين الائتكون الشركة في الثمن الخ) أقول لا نسب للتفرع أن يقال الائتكون الثمرة مستندة الى المال (قوله وكل ما هو مستند اليه فهو الاصل الخ) أقول كان الاظهر أن يقول وكل ما هو مستند الى العقد فاعداً أصل له فتأمل ثم قوله مستند اليه بفتح النون (قوله فلا بد من تحقيق معنى الاسم فيه) أقول وذلك لا يكون الا بحصول الشركة في الربح مستندة اليه وعلى ما قلناه لاحتياج في الشركة في الربح الى العقد أصلاً اذا الشركة في الملك الحاصلة في الخلط كافية فيها (قوله يتصرف في الكل) أقول أي في كل مال الشركة قال المصنف (فلا يستفاد الربح برأس المال) أقول فقوله الربح فرع المال ممنوع فتذكر صدر الكلام حتى يظهر لزوم ودال المنع

التمييز كما في العروض وأجيب بان عمله فسادا لشركة في العروض ليست التمييز بل هي ما ذكرنا من الافضاء الى ربح محال يضمن وقوله (وصار كالمضاربة) يعني لما ظهر ان الأصل هو العقد دون المال كان الربح مستحقا بالعقد دون المال كما في المضاربة فإنه ليس هناك خلط للمالين والربح مشترك بسبب العقد واذا بطل ذلك الأصل بطل الفرع والترتبة عليه فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل (قوله ولا تجوز الشركة) واضح وقوله (ونظيره (٤٠٢) في المزارعة) يعني أنه اذا شرط لأحدهما قفزان مسماة كانت فاسدة لان

الشركة تنقطع به ومن شرط المزارعة أن يكون الخراج بينهما ما شاعرا قال (ولكل واحد من المتفاوضين) هذا بيان ما يجوز للشريك شركة مقاضاة وعنان أن يفعل وأن لا يفعل بجوزله أن يبيع لانه معتاد في عقد الشركة والمعتاد جائزه العمل به ولأنه أن يستأجر على العمل بتحصيل الربح بخلاف وكل من جازله أن يستأجر فحصول الربح جازله أن يبيع لان الاستأجار تحصيل بعوض والابضاع بدونه فكان الاستأجار أعلى ومن ملك الاعلى ملك الأدنى وأن يودع المال لانه معتاد ولا يجحد التاجر منه بداوان يدفع مضاربة لانهم ادون الشركة ألا ترى انه ليس على المضارب شيء من الوضعية وان المضاربة لو فسدت لم يكن للمضارب شيء من الربح فمكن جعل المضاربة مستفاد بعقد الشركة لانهم ادون الشركة فتضمنها الشركة هذا ظاهر الرواية (وعن أبي حنيفة ليس له ذلك لانه) أي عقد المضاربة (نوع شركة) لانه ايجاب الشركة للمضارب في الربح فيكون

تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال (ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دارهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة ففساده لا يخرج الا قدر المسمى لأحدهما ونظيره في المزارعة قال (والكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يضع المال) لانه معتاد في عقد الشركة ولأنه أن يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض بدونه فملكه وكذلك أن يودعه لانه معتاد ولا يجحد التاجر منه بداوان (ويدفعه مضاربة) لانهم ادون الشركة فتضمنها وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الأصل لان الشركة غير مفسدة وانما المقصود

الشراء بينهما ما فيه الربح حتى جاز أن يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين رأس المال حتى يلزم فيه بالخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بالخلط (تحققت في المستفاد بدونه) أي بدون الخلط (وصار كالمضاربة) تحقق الشركة في الربح بالخلط فان قيل فعلى هذا ينبغي أن لا تبطل به ملك المال قبيل الشراء لوجود المال وقت العقد لانه انعقد في المحل قلنا لا تبطل لمعارض آخر وهو ان هلاك المحل قبيل حصول المقصود بالعقد منه يبطل به ملك المبيع قبيل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء أولا فاذ هلك المال قبل الشراء كان كهلاك المبيع قبل القبض واذا كان الأصل هو العقد لا المال (لم يشترط اتحاد الجنس والتساوي) في رأس المال ولا في الربح وتصح شركة التقبل (قوله ولا تجوز الشركة اذا شرط لأحدهما دارهم مسماة من الربح) قال ابن المنذر لا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم ووجهه ما ذكره المصنف بقوله لانه شرط يوجب انقطاع الشركة ففساده لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير واشترط لأحدهما ما يخرج العقد عن الشركة الى فرض أو بضاعة على ما تقدم وقوله (ونظيره في المزارعة) يعني اذا شرط لأحدهما قفزان مسماة بطلت لأنه عسى أن لا يخرج الأرض غيرها (قوله ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان أن يضع المال لانه معتاد في عقد الشركة) من المتشاكين (ولأنه أن يستأجر على عمل التجارة والتحصيل) للربح (بغير عوض بدونه) وانه أقل ضررا فاذا ملك ما هو أكثر ضررا ملك ما هو أقل وظهران لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف (قوله وكذلك أن يودعه لانه معتاد ولا يجحد التاجر بدامنه) في بعض الاوقات والمضاييق وقوله (ويدفعه مضاربة لانهم ادون الشركة) لأن الوضعية في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتضمن الشركة المضاربة (وعن أبي حنيفة) لرواية الحسن (انه ليس له ذلك لانه نوع شركة) في الربح (والاصح هو الاول وهو رواية الأصل لان الشركة في الربح غير مفسدة وانما المقصود الربح بالعقد لا رأس المال لان العقد يسمى عقد شركة فينبغي أن يتحقق معنى هذا الاسم فيه ولا تثبت الشركة في رأس مال لتوقف ذلك على الخلط كما بينتم فتعين أن يكون مثبتا للشركة في الربح (قوله في المستفاد به) أي بالتصرف وهو الربح بدونه أي بدون خلط رأس المال (قوله ونظيره في المزارعة) وهو ان شرط لأحدهما قفزان مسماة فالزراعة باطلة فكذلك ما على الماذنات والسواقي (قوله لانهم ادون الشركة) ألا ترى أنه ليس على المضارب شيء من الوضعية عتوان المضارب بتلفه لم يكن للمضارب شيء من الربح وأما اذا

بمنزلة عقد الشركة وليس لأحد الشريك أن يشارك غيره بمال الشركة فكذلك لا يدفعه مضاربة (والاول) أي تحصيل جواز الدفع مضارب بقرأهم وهو رواية الأصل لان الشركة) يعني في المضاربة (غير مقصودة) وانما المقصود تحصيل الربح وهو ثابت بالمضاربة فيملكه أحد الشريكين كالمستأجر أجبر الى العمل فانه يجوز قول لا واحد فلهذا أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمت فان المضارب اذا عمل ولم يحصل

(قوله واذا بطل ذلك الأصل الخ) أقول يعني أصله زفر والشافعي

الرجح لا يجب على رب المال  
شيئ بخلاف الاجارة فان  
الاجير اذا عمل في التجارة  
ولم يحصل شيئ من الربح  
يكون المستاجر ضامنا للاجرة  
بخلاف الشركة حيث  
لا يملكها الا ان الشيء لا يستتبع  
مثله فان قيل هذا منقوض  
بالمكاتب فانه جازله ان  
يكاتب عبده والعبد المأذون  
له جازله ان ياذن لعبده  
فالجواب ان ذلك ليس من  
قبيل الاستتباع فان كل  
واحد منهما أطلاق في  
الكسب وأسبابه وهذا من  
أسباب الكسب المطلقة  
لهما لأنه من المستتبعات  
وأن يوكل من يتصرف فيه  
وهو ظاهر واعترض بان  
الحكم الثابت مقصود أعلى  
حالا من الحكم الثابت في  
ضمن شيئ آخر لا محالة  
والوكيل الذي كانت وكالته  
مقصود ليس له توكيل غيره  
فالوكيل الذي ثبتت وكالته  
في ضمن الشركة كيف جازله  
توكيل غيره وأجيب بذلك  
الجواب المشهور وهو قولهم  
كمن شيئ ثبتت ضمنه ولا  
يثبت قصدا كبيع الشرب  
وغيره والشبهة وجه القياس  
في هذه المسئلة وجوابه وجه  
الاستحسان

(قوله وأجيب بذلك الجواب  
المشهور الخ) أقول وسجعي  
نظير هذا من الشارح أيضا  
في آخر كتاب الشركة ثم أقول  
فيه بحث

تحصيل الربح كما اذا استأجره بأجر بل أولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها  
لان الشيء لا يستتبع مثله قال (ويوكل من

تحصيل الربح) فصار (كما اذا استأجره بأجر) ليعمل له بعض أعمال التجارة (بل أولى لانه تحصيل  
بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة) فان أحد الشرى يكن لا يملك أن يشارك غيره في مال الشركة  
(لان الشيء لا يستتبع مثله) وأورد عليه المكاتب يكاتب عبده والمأذون ياذن لعبده واقتداء المفترض  
والمشتغل بعلمه والناسخ مثل المنسوخ وأجيب بأن ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل باطلاق  
التصرف مطلقا وكذا الاقتداء ليس صلاح الامام مستتبع لصلاحه ما بل تلك مبنية عليها وحقيقة النسخ مبين  
لا غير على انه ليس وزان مانع فيه بتأمل يسير واصل واحد ان يشترى بالنسيئة يتوان كان مال الشركة في يده  
استحسانا وليس لا حد شرى العنان الرهن أى رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتمان  
بدين له بخلاف المغاوض له ان يرهن ويرهن على شريكه فان رهن في العنان متاع من الشركة بدين عليهما  
لم يميز وكان ضامنا للرهن ولو ارتمى بدين لهما لم يميز على شريكه فان ذلك الرهن في يده وقتئذ والذي سواء  
ذهب بحصته ورجع شريكه بحصته ورجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك  
المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاقتداء وكذا اذا باع أحدهما فليس  
للاخر قبضه وللمدين أن يمنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصته القابض ولم يبرأ من حصته الاخر وليس  
لواحد منهما أن يتخاصم فيما ادانه الاخر أو باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا يؤخذ بناقض آخره لم يرض  
على الاخر وكذا لا يضي اقرار أحدهما بدين في تجارتهما على الاخر فان أقر وأنكر الاخر لم يرض  
الدين ان كان هو الذي وابه لان حقوق العقد تتعلق بالعقد ولا كان أو مباشر او ان أقر أنهم حاولوا  
وأنكر الاخر لم يرضه نصفه ولو اشترى أحدهما شيئا فوجده عيبا لم يكن للاخر ان يرضه لان ذلك من حقوق  
العقد ولو أخذ أحدهما مالا مضار به اختص برحمته لان مال المضار به ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد  
أحدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المغاوض في جميع ذلك وبغض اقراره عليه  
و يشارك شركة عنان وبغض على الاخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المتفاوضين مادانه  
الاخر أو ادانه أو وجب لهما على رجل من غصب أو كفالة أو غير ذلك ويرد ببيع ما اشتراه الاخر وكل منهما  
يخصم عن الاخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البيعة ويستخلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة  
وتقدم شيئ من هذا أول الباب فيما هو من ضمان التجارة (و) لسلك من شريك العنان أن (يوكل من

فسلت الشركة فالرجح فيها على قدر رأس المال لهما (قوله لانه تحصيل بدون الضمان في ذمة الدافع) وفي  
المبسوط انه أن يدفع لمن مال الشركة مضار به لان له أن يستأجر من يتصرف في مال الشركة بأجر مضمون في  
الذمة فلان يكون له أن يستأجر من يتصرف ببعض ما يحصل بعلمه من غير أن يكون ذلك مضرة ونافي الذمة  
أولى لان هذا أنفع لهما (قوله لان الشيء لا يستتبع مثله) فان قيل المكاتب يكاتب عبده والمأذون ياذن  
ويجوز اقتداء المفترض بالمفترض والمشتغل بالمتنقل فيلزم منه استتباع الشيء مثله وكذا النص النسخ برفع  
النص المنسوخ وهما مثله فالأولى أن يستتبع مثله قلنا استتباع المثل في المكاتب والمأذون لم يكن مقصودا بل  
يثبت لهما من ضرورة اطلاق الاكتساب وفتح باب التجارة أما ههنا لو قلنا تجوز الشركة لاحد الشرى يكن  
يلزم استتباع المثل مقصودا وذلك لا يجوز كفي التوكيل فانه لا يجوز لوكيل أن يوكل غيره بطلاق التوكيل  
لان الثاني مثل الاول فلا ينتظمه مقصودا ولكن ينتفاه ضمنا كالأولى الثانية في ضمن الشركة وذكري  
المبسوط هذا كله في حق الغير أى عدم جواز استتباع الشيء مثله كمال الشركة والمضار به فاما في حق نفسه  
فيجوز أن يوجب غيره مثل ماله وهذا كان للمكاتب أن يكاتب عبده وللمأذون أن ياذن لعبده لانه  
متصرف لنفسه بذلك الجرح وأما اقتداء المفترض بالمفترض فجواز ثبت بالاجماع وقوله عليه السلام الامام

يتصرف فيه) لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة ان عقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا عكس أن يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال (و يده في المال بدأمانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة

يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات والشركة ان عقدت لها بخلاف الوكيل (صريحاً بالشراء ليس له أن يوكل به لانه عقد خاص طلب به) شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لأحدهما أن يعمل إذا نهما شر يكه عنه لم يكن له عمله فان عمله ضمن نصيب شريكه وهذا لو قال أحدهما اخرج للمباطولة تجاوزها فاوزها فذلك المال ضمن حصته شر يكه لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا لو نهما عن بيع النسبة بعدما كان اذن له فيه (قوله ويده) أي بد الشريك مطلقاً (في المال بدأمانة) لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة) فيكون أمانة بخلاف المقبوض على سوم التبراء لانه قبضه على وجه اعطاء البدل فيكون ضمنه بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثيق بدينه فيضمن بذلك الدين وإذا كان مقبوضاً على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة فكان أمانة وعلم ان جميع الامانات اذا ماتت تنقلب مضمونة بالموت مع التجمل الا في مسائل احداها اذا مات أحد المتفاوضين ولم يبين دل الذي كان في يده فانه لا يضمن اشر يكه نصيبه والاخرى في السير اذا أودع الامام بعض الغنائم في دار الحرب قبل القسمة عند بعض الجند مات ونذ كر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى \* (فروع في اختلاف المتفاوضين) \* قد علم أنه ليس لأحد المتفاوضين أن يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يغير دابة من شركتهما ولو ادعى على آخر أنه شاركه في مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يده وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان أقام البينة فشهدوا أنه مفاوضة أو زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما أو قالوا هو بينهما منصفان قضى للمدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالقرار وجب جميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضى بذلك فلو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لميراثاً ما في يده وأقام على ذلك بيينة قبلت عند محمول تقبل عند أبي يوسف لأن ذا اليد صار مقضياً عليه بنصف ما في يده وبيينة المقضى عليه في اثبات المالك لا تقبل الا أن يدعى تلقى المالك من قبل المقتضى له كما وكنت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذوا اليد عينا في يده انه له خاصة وهب شر يكه منه خصته وأقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقى المالك منه ولو ادعى انه مفاوضة والمال في يد المدعي عليه فاقروا قضى عليه ثم ادعى عينا ما كان في يده أو ميراثاً أو هبة وأقام بيينة قبلت والفرق لا في يوسف ان ذا اليد هبها مقراً بالمفاوضة مدع للميراث ولا منافاة بينهما وقد أثبت دعواه بالبينة وفي الاول ذوا اليد جاحد مدعي عليه وقد صار مقضياً عليه بحجة صاحبه ألا ترى انه لو لم يكن أقام البينة في صورة الانكار لم يستخلف خصمه واذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الحى فادعى الورثة المفاوضة وجد الحى ذلك فاقاموا البينة بذلك لم يقض لهم شيء فيما في يد الحى لانهم ما شهدوا بعدد علم ارتفاعه لانه قاض المفاوضة بموت أحدهما ولا نه لاحكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لأن المفاوضة فيما مضى لا توجب أن يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما الا أن يقيموا انه كان في يده في حياة الميت أو انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاؤه ولو كان المال في يد ضامن ولان صلاة المقتدى مبنية على صلاة الامام في حق الجواز والفساد بالحديث لأن يكون صلاة الامام مستتبعة لصلاة المقتدى وأما الناسخ فهو واقع صورة ولكن في الحقيقة سنة مبين انتهاء حكم المنسوخ في أن شرعيته كانت الى هذا الوقت فلم يكن وقعها في الحقيقة فلا يرد نقضا (قوله بخلاف الوكيل بالشراء) لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلم يستتبع التوكيل لانه مثل الاول وهنا الشركة ان عقدت للتجارة لتحصيل الربح والتوكيل بالشراء من جلته اذا لم يحكم يحصل بتصرفه يحصل به عرف غيره فصار كان كل واحد منهما وكيل خاص بالشراء قبل له اعمل برأيك فله أن يوكل غيره وانما لا عكس المشاركة وان عكس منها عند قوله اعمل برأيك نصا اظهرا للتفاوت بين ما ثبت نصا وبين ما ثبت مقتضى تحصيل الربح (قوله لا على وجه البدل) احتراز عن

وقوله (لا على وجه البدل احتراز عن المقبوض على سوم الشراء لان المقبوض على سوم الشراء قبض لأجل أن يدفع الثمن) قوله (الوثيقة) احتراز عن الرهن فان المرهون مقبوض لأجل الوثيقة

قال (وأما شركة الصنائع) كلامه ظاهر وقوله (لا تنفذ مقصودهما) أي مقصود الشريكين وهو التمييز ظاهر وفي بعض النسخ لا تنفذ مقصودها أضاف المقصود إلى الشركة وإن كان المقصود للشريكين بأدنى (٤٠٥) ملازمة وهو تلبس الشريكين بعقد الشركة

(قوله ولا يشترط فيه أي) في هذا العقد (اتحاد العمل والمكان) خلافاً لفرع ومالك رحمه الله فلا انشعقت الاعمال كالفصلين اشتركا أو صباغين جازوا ان شغلت كصباغ وقصار اشتركا لا يجوز لان كل واحد منهما عاجز عن العمل الذي يتقبله صاحبه فان ذلك ليس من صناعته فلا يتحقق مقصود الشركة ولأن المعنى المحوز للشركة وهو ما ذكرناه أن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لا تتفاوت باتحاد العمل والمكان أو اختلافاً فاما الأول فلان التوكيل بتقبل العمل صحيح من يحسن مباشرة ذلك العمل ومن لا يحسن لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيديه بل له أن يقيم باعوانه واجرائه وكل واحد منهما غير عاجز عن ذلك فكان العقد صحيحاً وأما الثاني فلان أحد الشريكين لو عمل في مكان والآخر في مكان آخر لا يتفاوت الحال وهو ظاهر فان قيل قد تقدم ان من الغرغ المترتبة على أصل زفر والشافعي في مسئلة الخلطان شركة انقبيل لا يجوز فكيف يصح قول زفر مع مالك رحمه الله في جوازها اذا كانت الاعمال

قال (وأما شركة الصنائع) وتسمى شركة التقبل (كالحياطين والصباغين بشرط كان على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك) وهذا عندنا وقال زفر والشافعي لا يجوز لان هذه شركة لا تنفذ مقصودها وهو التمييز لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تنسب على المال على أصلهما على ما قررناه ولأن المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيل في النصف أصيلاً في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافاً لمالك وزفر فيها الورثة ويجحدوا الشركة فاقام الحي البينة على المعاوضة وأقاموا ان أباهم مات وترك هذا ميراثاً من غير معاوضة بينهم لم يقبل منهم لأنهم جاهدون فالتابع يقيمونها على النفي وقد أثبت المدعي الشركة فيما في أيديهم فيقضى له بنصفه وصح شمس الأئمة ان هذا قولهم جميعاً ولو قالوا مات جدنا وترك ميراثاً لا بينا وأقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول أبي يوسف وتقبل في قول محمد كالأول كان المعاوض حياً وأقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمعاوضة المطلقة وإذا افرق المعاوضان فاقام أحدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه وإن قاضي بلدة كذا قضى بذلك عليه وسهوا المال وأنه قضى به بينهما نصفين فاقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه أو غيره فان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضاء من أخذ بالأخر وهو رجوع عن الأول ونقض له وإن لم يعلم أو كان القضاء من قاضين لزم كلامهما القضاء الذي أنفذه عليه لأن كلامهما صحيح ظاهر فيحاسب كل صاحبه بما عليه وتراد ان الفضل (قوله وأما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل) وشركة الابدان وشركة الاعمال (فتحو الحياطين والصباغين بشرط كان على أن يتقبل كل الاعمال) وأنحو الصباغ والحياطين يغعلان ذلك (ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لا تنفذ مقصودها) أي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتشنية أي الشريكين (وهو التمييز) أي الربح (لانه لا بد) في الربح (من رأس المال) لانه يبنى عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط (ولنا أن المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح) على الاشتراط وهو لا يفتقر على المال بل جاز بالعمل أيضاً كما مر جاز بالتوكيل بان يوكّل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل أصيلاً في نصف العمل المتقبل ووكيلاً في نصفه الآخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملاً استحق كل فائدة عمله وهو المال المستفاد وهو كسبه وإن عمل أحدهما كان العامل معبأً بالشريك فيما لزمه بتقبله عليه وهو جاز لان الشرط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه أو وكيله بنفسه ألا ترى أن نحو الحياطين يتقبل ثم يستأجر من يعمل ويدفعه الى مالكه فقط ببله الاجرة ومن صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا يجوز لان من أحدهما العمل ومن الآخر الحافوت واستحسن جوازها لان لتقبل من صاحب الحافوت عمل (قوله ولا يشترط فيه) أي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافاً لفرع ومالك) وأورد عليه أنه قدم في اشتراط الخلط لفران من غرته عدم جواز شركة التقبل وهو يناه في اشتراط لصحتها اتحاد العمل والمكان أجيب بان عن زفر في جواز شركة التقبل روايتين ذكرهما في

المقبوض على سوم الشراء والوثيقة احتراز عن المقبوض بجهة الرهن (قوله ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان) خلافاً لفرع ومالك رحمه الله فهما لان المعنى المحوز للشركة وهو ما ذكرناه اشارة الى ما ذكر قبله أن المقصود منه التحصيل أي تحصيل المال أما اتحاد العمل فظاهر وأما اتحاد المكان فلانه لو عمل أحد الشريكين في مكان والآخر في مكان آخر يجوز عندنا خلافاً لهما فان قيل كيف يتصور قول زفر رحمه الله في جواز الشركة عند اتحاد العمل وتدد كقول هذا قول زفر مع الشافعي رحمه الله في اشتراط الخلط حيث قال وهذا أصل كبير له ما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي متفقة أجيب بان زفر له في هذه المسئلة أعني الخلط قولان فذكر المصنف في تلك المسئلة حكم الرواية التي بشرط فيها خلط المال وذكرها حكم الرواية التي لا يشترط ولكن أطلق في اللفظ ولم يذكر اختلاف الروايتين فمضى ظاهرهما متناقضاً

(قوله ولو شرط العمل نصفين) أي إذا شرط في شركة التقبل ولم يكن معاوضة ان يكون العمل نصفين والربح الحاصل اثنان جازا استعسانا والقياس ان لا تصح لان الضمان (١٠٦) بقدر ما شرط عليه من العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه

لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت (ولو شرط العمل نصفين والمال اثنان جازا) وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه وان كنا نقول ما يأخذ لا يأخذ بحالان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال على والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيقدر بقدر ما يقوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق ووربح مالم يضمن لا يجوز الا في المضاربة

المبسوط فقهاء رواية المنع على شرط خلط المال وذكرنا شرطه في تجوزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله (لان المعنى المجوز لشركة التقبل) من كون المقصود تحصيل الربح (لا يتفاوت) بين كون العمل في ذلك كائين أو كان وكون الاعمال من أحسن أو أجنس فلا وجه لاشتراط شرط بل دليل بوجبه (قوله ولو شرط العمل نصفين) يعني التساوي في العمل والربح اثنان (جاز) بشرط كون المشروط له مشروطا عليه العمل (وفي القياس) لا يجوز وهو قول زفر (لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل) أي لانه لا مال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لا أحدهما (ربح مالم يضمن فلم تجز) كمال تجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشترى بالوجوه وأما كون التفاضل يجري فيها إذا شرط التفاوت في ملك المشتري فان اشترى كماله ان ما اشتراه كل منهم يكون لآخر بعه فقط فيقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا المأخوذ من هذه الشركة ليس بمحقيقة لان حقيقة الربح انما تكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو هنا يختلف لان رأس المال على والربح مال وانما يقال له ربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير أي بحسب التراضي فاقدر لكل هو ما وقع عليه التراضي أن يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان أخذ في العمل وأهدى وعلى هذا التجهيز خلاف بعض المشايخ فيموجب شرط الزيادة لا كثرهما فلا يصح الجواز لان الربح لضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض أحدهما أو غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بالتفاضل يعلم وقوله (بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق) فان الربح بدل ما هو مال فيتحقق بالتفاوت في الربح ربح مالم يضمن وهو لا يجوز الا في المضاربة على خلاف القياس هذا و قول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطى ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه أن تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الاجراف انه نص في شركة الوجوه التي شبيه بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرط الربح بخلاف

في المال ولا يجوز لشركة التقبل والاعمال لانعدام المال قلنا نحن زفر رحمه الله وابتان في اشتراط خلط المالين ذكرهما في المبسوط ذكر أحدهما وليد مع الشافعي رحمه الله والاخر مع مالك رحمه الله (قوله ولو شرط العمل نصفين والمال اثنان) أي المال الحاصل من العمل اثنان جاز وهذا النوع من الشركة قد يكون عنانا وقد يكون معاوضة عند اجتماع شرائها لا يمكن تحقيق مقتضى المعاوضة في الاعمال كافي الاموال وفي العنان من هذه الشركة يجوز شرط التفاضل في المال المستفاد بالعمل مع شرط التساوي في العمل (قوله لان الربح عند اتحاد الجنس) أي الربح لا يظهر الا عند اتحاد الجنس أي اذا كان الربح من جنس رأس المال وعن هذا جعل رأس مال الشركة الدواهم والدنانير فكان بدل العمل لا للربح فلا يلزم حينئذ كونه ربح مالم يضمن وذكر في المبسوط الفرق بينهما من وجهين أحدهما أن في التقبل الشريكين بائعان للعمل وقد يكون بينهما في العمل تفاوت فيصع منها اشتراط التفاوت في الربح فاما في شركة الوجوه فمشتركان بينهما في ذمة مافع المساواة في ملك المشتري لا يصح شرط التفاوت في الربح (قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق) أي الربح من جنس رأس المال في شركة الوجوه لان الاصل والربح فيها من جنس المال

أي الى ربح مالم يضمن فصار كشركة الوجوه في ان التفاوت فيها في الربح لا يجوز اذا كان المشتري بينهما على السواء واما اذا اشترط التفاوت في ملك المشتري فيجوز التفاوت حينئذ في الربح في شركة الوجوه أيضا وقوله (ولكننا نقول) بيان وجه الاستحسان ما يأخذ كل من الشريكين لا يأخذ ربحا لان الربح انما يكون عند اتحاد الجنس وانما هذا قالوا لو استأجروا بعشرة راسهم ثم أجزوا بثوب يساوي خمسة عشر جاز لما ان الربح لا يتحقق عند اختلاف الجنس والجنس فيما نحن فيه لم يتحد لان رأس المال على والربح مال فكان ما يأخذ بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فاذا رضى باقتدر معين كان ذلك منهما تقويم العمل فيقدر بقدر ما يقوم به ولا يحرم لانه لم يؤد الى ربح مالم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق وهو الثمن الواجب في ذمة ما دراهم كانت أو دنانير والربح يتحقق في الجنس المتفق ونوله (وربح مالم يضمن) تقديره لو جاز اشتراط زيادة الربح كان ربح مالم يضمن وذلك لا يجوز الا في المضاربة ونما

جاز فيها لوقوعه عقالة العمل في جانب المضارب وبعبارة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجوه والقياس ان يتعاقب الربح في وجوده فيلزم فيه ربح مالم يضمن فلا يجوز

قال

(قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) ظاهر وقوله (ويبرأ الدافع بالدفع إليه) أي يبرأ دافع الاجرة إلى كل واحد من الشريكين قبل فيجوز أن يكون معناه ويبرأ الدافع من كل من الشريكين بالدفع إليه أي إلى صاحب الثوب مثلاً لو أخذ أحد الشريكين ثوباً للصبغ ثم دهم الآخر الثوب مصبوغاً إلى صاحبه برئ من الضمان وقوله (٤٠٧) (وهذا) إشارة إلى لزوم العمل على كل واحد منهما وهو معنى

الكفالة (ظاهر في المفاوضة وفي غيرها) وهو العنان (استحسان) أي معنى الكفالة بطريق الاستحسان والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقاً عن ذكر الكفالة وليست الكفالة من مقتضاها حتى تثبت وان لم تزد كرواهاهي مقتضى المفاوضة فلا يثبت معها ماليس من مقتضاها بدون التصريح بذكره (وجه الاستحسان أن هذه الشركة مقتضية للضمان ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا) أي ولو كان العمل مضموناً (يستحق الآخر بسبب نفاذ تقبله) أي تقبل صاحبه (عليه) ولو لم يكن مضموناً عليه لما استحق الآخر لأن الغرم بآراء الغنم فإذا كان كذلك (جري) هذا العقد (يجري المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البذل) وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطالب فتأمل وانما قيد بجريانه تجري المفاوضة في هذين الشئين لأن فيما عدا ذلك لم يجز هذا العقد مجراها حتى قالوا إذا دهم

الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الرجح بينهما على قدر ضمانهما (قوله وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه) حتى أن صاحب الثوب أن يأخذ الشر يك بعمله وللشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب بثلث الاجرة ويبرأ الدافع بدفع الاجرة البسهوان كان انما عمله الذي تقبله قال المصنف (هذا) وهو ضمان كل منهما على ما تقبله الآخر ومطالبة كل بأجرة الآخر وبراءة الدافع إليه الاجرة (ظاهر) فيما إذا عقدوا شركة الصنائع مفاوضة (وفي غيرها) وهو فيما إذا أطلقوا الشركة أو قيدوها بالعنان (استحسان) فلا فرق في ثبوت هذه الامور بين المفاوضة والعنان فيها (والقياس خلاف ذلك لأن الشركة وقعت مطلقة) وإذا وقعت مطلقة انصرفت إلى العنان فلم تثبت المفاوضة إلا بالنص عليها أو على معناه وهذا علمت أن لا فرق بين اطلاق الشركة والتنصيص على جعله عناناً في أن المنع قد عنان (والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه الشركة) أعنى شركة الصنائع (مقتضية للضمان) في القدر الذي ذكرناه لأنها تضمنت توكيل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرر ومضموناً على الآخر ولهذا استحق من الاجرة بعض ما سمي للآخر (بسبب نفاذ تقبله عليه بجري) هذا العقد وان كان عناناً (يجري المفاوضة في ضمان العمل) عن الآخر (واقتضاء البذل) وان لم يتقبل ضرره بخلاف ما سوى هذين الأمرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحد هما بدين من أمر الصناعة كمن صابون أو صبغ أو بدين للعملة عن عملهم أو أجرة بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه الا بيبنة لأن نفاذ الاقرار على الآخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها ثلاثاً لم يعقدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملهم جاء أحدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شيء للآخرين لأنهم لم يكوّنوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لأن المستحق على كل منهم ثلثه بثبات الآخر فإذا عمل السكك كان متطوعاً في الثلثين فلا يصدق الا ثلث الآخر (قوله وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان ولا مال لهما يشتر باوجههما) أي بوجهتهما وواجههما والرجح بينهما لأن الجاه مقولوب الوجه لم يعرف غير فيظهر الرجح ثم لجواز اشتراط زيادة الرجح كان ذلك الرجح مالم يضمن وذلك لا يكون الا في المضاربين وان كان جواز ذلك فيها أيضاً لو وقع بمقابلة العمل في جانب المضارب ولو وقع في مقابلة المال في جانب رب المال وليس واحد منهما في شركة الوجود ولا ضمان بمقابلة زيادة الرجح فيلزم فيها الرجح مالم يضمن من كل وجه فلا يجوز بخلاف شركة التقبل فان الأصل فيها عمل والمستفاد من مال فلم يتغافل يكون رجحاً (قوله وهذا ظاهر المفاوضة) أي إذا كانت شركة التقبل مفاوضة بان اشتراط أن يكون قبول الاعمال منهما أو العمل منهما والرجح والوضعية بينهما على التساوي فهي شركة المفاوضة حتى تزان فيها شرائط المفاوضة لوجود معنى المفاوضة وهي المساواة المطلقة وان تفاوتا في شيء مما ذكرناه في شركة عنان حتى تراعى فيها شرائط شركة العنان اغواء معنى المفاوضة (قوله في ضمان العمل واقتضاء البذل) وانما قيد بهما لأن

أحدهما بدين من ثمن اشنان أو صابون أو أجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا بيبنة وتلزم خاصة لأن التنصيص على المفاوضة لم يوجب نفاذ الاقرار بوجب المفاوضة قال (وأما شركة الوجود فالرجلان يشتركان شركة الوجود) وهو أن يشتركا في المال لهما (على أن يشتر باوجههما) أي بوجهتهما وواجهتهما عند الناس سميت عندنا (على هذا) أي على كونهما يشتركان بوجههما أي سميت شركة (قوله وفي وجه الاستحسان مصادرة على المطالب فتأمل) أقول يمكن أن يستعان بدفع تلك المصادرة بما ذكره الشارح الزيلعي في شرح الكفر



الوجوه لانه لا يشتري بالنسيئة الا من له وجهه عند الناس وانما تصح معاوضة اذا كان الرجلان من أهل الكفالة لانه حينئذ يمكن تحقيق الوكالة والكفالة في الابدال أي الثمن والممن فيكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفه ويكون المشتري بينهما نصفين ولا بد من التلفظ بلفظ المعاوضة أو بما قام مقامه كما تقدم وإذا أطلقت كانت عنانا لان المطلق ينصرف اليه لكونه المعتاد في عين الناس وهي أي شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والوجه من الجانبين ما بيننا في شركة التقبل وهي ان الربح عنده فرع المال فاذا لم يوجد المال لم تنعقد الشركة وقلنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد الى آخره (قوله ولا يجوز أن يتفاضل فيه) أي في الربح وان شرط لاحدهما الفضل بطل الشرط والربح بينهما على قدر ضمانهما (قوله (٤٠٨) وهذا) إشارة الى تحتم المساواة في اشتراط الربح (قوله بالنصف) قيد اتفاق فانه

بالنسبة الامن كان له وجهه عند الناس وانما تصح معاوضة لانه يمكن تحقيق الوكالة والوكالة في الابدال وإذا أطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة التقبل قال (وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه) لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة أو بولاية ولا ولاية فتعين الوكالة (فان شرطنا أن المشتري بينهما نصفان والربح كذلك يجوز ولا يجوز أن يتفاضل فيه وان شرطنا أن يكون المشتري بينهما أثلاثا فالربح كذلك) وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو بالعمل أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلقى العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بماسواها الا ترى أن من قال لغيره تصرف في مالك على أن لي

ان الواو انقلب حين وضعت موضع العين للعوض لذلك ولذا كان وزنه عطل (وانما تكون معاوضة) بان يكونا من أهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساوى في الربح ويتلفظا بلفظ المعاوضة أو يذكر مقتضيا كما سلف (فتحقق الوكالة والكفالة في الابدال) أي الاثنان والمبيعات وان فات شيء مما ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه معلوم عنهما الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار صحة الوكالة وتوصل كل من الآخر بالشركة على أن يكون المشتري بينهما نصفين أو أثلاثا تصح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة وتقدم معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة أن في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان مع ان الربح في كل منهما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصنع اعمال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما تجوز زيادة ربح أحدهما في العنان باعتبار

فيماء ذلك لم يجز هذا العقد بجري المعاوضة حتى قالوا اذا أقر أحدهما بدين من ثمن صابون واشنان مستهلك أو أجرة حبر أو أجرة ثوب لم يصدق على صاحبه ويلزمه خاصة لان التخصيص على المعاوضة لم يوجد ونفاذا لقرار موجب المعاوضة كذا في الايضاح (قوله وانما تصح معاوضة) فالمعاوضة بينهما أن يكون الرجلان من أهل الكفالة وأن يكون ثمن المشتري بينهما نصفين وأن يتلفظا بلفظ المعاوضة وأما العنان منها فهو أن يجوز التفاوت في ضمان ثمن المشتري بينهما ما ينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان اشترط الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما كما ذكر في شرح الطحاوي رحمه الله (قوله في الابدال) أي في الثمن والممن (قوله لان مطلقه ينصرف اليه) أي الى العنان لان المعتاد فيما بين الناس شركة العنان فالمطلق ينصرف الى المعتاد كما اذا اشترى بدها مطلقا (قوله وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال أو بالعمل أو بالضمان) فان قيل يجوز أن تكون زيادة الربح لاحدهما لزيادة اهتدائه

يجوز أن يلقى بأقل من النصف ولا يستحق بماسواها فان قيل لم لا يجوز أن يستحق الزيادة لزيادة اهتدائه ومتانته رأيه وتدبيره في الامور العامة والخاصة وعلمه بالتجارة أجيب بان اشتراط الزيادة في الربح بزيادة العمل انما يجوز اذا كان في مال معلوم كافي العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (وقوله الا ترى) توضيح لقوله ولا يستحق بماسواها (قوله واستحقاق الربح في شركة الوجوه) عود الى البحث لاتمام المطلوب يعني ان صورة النزاع استحقاق الربح فيها بالضمان لا بالمال ولا بالعمل (قوله على ما بيننا) قيل هو إشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح مالم يضمن وقيل هو إشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق الخ وتقرر كلامه

استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان على قدر المالك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة فانه يصح فيها الماذكر انما من وجوه مقابلة بالمال والعمل والوجوه أي شركة الوجوه (قوله قيل هو إشارة الى ما ذكره في شركة التقبل بقوله الخ) أقول وفيه بحث فان الاحتقاق في شركة الوجوه ليس بالعمل (قوله وقيل هو إشارة الى قوله بخلاف شركة الوجوه) أقول فيه بحث (قوله فانه يصح فيها الماذكرنا) أقول في رأس الصحيفة السابقة قوله والجواب أن العنان بالعرض الخ) أقول والاولى عند في الجواب أن يقال جواز ربح مالم يضمن في المضاربة على خلاف القياس ولهذا يقتصر على مورد النص وهي الدراهم والدنانير فالتبيين لا يكون على التبعوية فيما يجوز فيه فليتأمل

ليست في معناها لان المال فيها مضمون على كل واحد من الشريكين وأما المال في المضاربة فليس بمضمون على المضارب ولا العمل على رب المال بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فيلحق بهما قبل فيه نظران ربح مالم يضمن لو جاز في العنان لشبهته المضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان لان العنان مشبه بالمضاربة فكان عليه تجوز ربح مالم يضمن موجودة لكن لا يجوز ذلك لما تقدم أنه يؤدي الى ربح مالم يضمن والجواب أن العنان (٤٠٩) بالعروض لو كان مؤديا الى ربح مالم يضمن فقط لا غشقرنا ولكن انضم

الى ذلك جهالة رأس المال والربح عند القسمة وليس في المضاربة ما يقتضي اعتقاده حتى يلحق به وهذا الجواب ينزع الى تخصيص العلة فأما ان يلتزم مساعه أو يصار الى مخلصه المعلوم في الاصول

\* فصل في الشركة الفاسدة \* وجه فصل الفاسدة عن الصحيح وآخره عنه لا يخفى على أحد وكلامه واضح قوله لان أمر الموكل به غير صحيح والوكيل عليه دليلان على المطلوب تقرير الاول المدعى أن التوكيل في أخذ المباح باطل لانه يقتضي صحة أمر الموكل بما وكل به وهو أخذ المباح وأمر الموكل بأخذه غير صحيح لانه صادف غير محل ولا يتسه وتقرير الثاني التوكيل بأخذ المباح باطل لان الوكيل عليه بدون أمر الموكل ومن تلك شياء بدون أمر الموكل لا يصلح أن يكون نائباً عنه لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو نائب للموكل وليس بثابت للتوكيل وهذا المعنى لا يتحقق فين تلك بدون أمره لئلا

وبحله لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر المالك في المشتري وكان الربح الزائد عليه ربح مالم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بهما والله أعلم \* (فصل) \* في الشركة الفاسدة (ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصططاب وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه فهو له دون صاحبه) وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة

عنه في مال الاخر وليس في شركة الوجوه أحدهما عامل في مال الاخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس والالم يجز الحاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح يسقط شرعا باحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان فيه ربح مالم يضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بأنه لو جاز ربح مالم يضمن في العنان لشبهه بالمضاربة لصح الشركة بالعروض وفي العنان ونحن انما لم نجوزها لادائها الى ربح مالم يضمن لان في جعل رأس مال الشركة كعروض مالم يضمن لا في مقابلة عمل للمستحق في مال الاخر لانه يلزم من أول الامر عند بيع العروض متفاوتة ثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كفي الضمان أعجب بأنه انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كافي العنان والمضاربة ولم يوجد هنا

\* (فصل) \* في الشركة الفاسدة وجه تقديم الصحيحة على الفاسدة ظاهر (قوله) ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصططاب وكذا الاحتشاش والتسكدي وسؤال الناس (وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه) أو صاحبه من التسكدي (فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح) كالأخذ الحطب والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيع من أرض مباحة أو الحصى أو الملح أو التلج أو النخيل أو المعدن أو الكسور الجاهلية وكذا اذا اشتركا على أن يلبنا من طين غير ملوك ويطبخا آخرا ولو كان الطين ملوكا أو سهلة الزجاج فاشتركا على أن يشتريا أو يطبخا ويبيعا جاز وهو شركة المصنائع وكل ذلك جائز عند مالك وأحمد لان هذه شركة الأبدان كالصباغين ويؤبد مار وأبو داود عن ابن مسعود قال اشتركتنا أنا وعمار وسعد يوم بدر فلم أجد شيئا أو عمار بشيء وجاء سعد بأسيرين فاشتركت بينهما النبي صلى الله عليه وسلم أحببنا بالغنية مقسومة بين الغانمين بحكم الله تعالى فيمنع أن يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم وفعله صلى الله

وعمله كفي شركة العنان قلنا انما يجوز اشتراط زيادة الربح على زيادة الهداية والعمل في مال معلوم كفي شركة العنان والمضاربة ولم يوجد هنا (قوله بالنصف) قيد اتفاق فانه يجوز أن يلقى بأقل من النصف أو أكثر (قوله بالضمان) أي بطالب الاستاذ فحصل ذلك فكان العمل مضمونا على الاستاذ (قوله) والوجوه ليست في معناها أي شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة لان في شركة الوجوه كل واحد من الشريكين مضمون عليه العمل وأما المال فليس بمضمون على المضارب وكذلك العمل ليس بمضمون على رب المال بخلاف العنان لانه في معنى المضاربة من حيث أن كل واحد من شريكي العنان يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال فجاز اشتراط زيادة الربح في العنان كجواز المضاربة والله تعالى أعلم بالصواب \* (فصل في الشركة الفاسدة) \* (قوله وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح) نحو احتشاش الحشيش

(٥٢ - فسخ القدر والكفاية) - خامس - يلزم اثبات الثابت ونفوقض الثاني بالتوكيل بشرائه بعد غير معين فان الوكيل يملكه بدون أمر الموكل بالشراء لنفسه قبل التوكيل وبعده ومع ذلك صلح أن يكون نائباً عن الموكل والجواب أن معناه يملكه بدون أمر الموكل \* (فضل في الشركة الفاسدة) \* (قوله) لانه صادف غير أن الموكل محل ولايته (أقول وفيه بحث لا نقاضه بالتوكيل بالشراء وكذا الدليل الثاني (قوله والجواب أنه معناه يملكه الخ) أقول فيه تأمل فان الموكل به هو الشراء فالوكيل يملكه فلا يندفع النص

والتوكيل في أخذ المال المباح باطل لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه وإنما ثبت الملك لهما بالأخذ واحراز المباح فإن أخذاه معافاه بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وإن أخذاه أحدهما لم يعمل إلا خسراناً فهو وللعامل وإن عمل أحدهما أو أعانه الآخر في عمله بأن قاعه أحدهما وجعه الآخر أو قلعه وجعه وجهه الآخر

عليه وسلم إنما هو تنفيل قبل القسمة وأنه كان قد رما بعضهم وعلى قول بعض الشافعية أن غنا ثم يدرك كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر (قوله لأن أمر الموكل به) أي بأخذ المباح (غير صحيح) لعدم ملكه ولاية (والوكيل يملكه) أي المباح (بدون أمر الموكل فلا يصلح الوكيل نائباً) عن الموكل لأن التوكيل إثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد هنا فإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فإنه يجوز مع أن الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبهذه وحاصل الجواب أن الوكيل ليس قادراً باعتبار آخره وهو مشغول بخدمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيها تثبت له ولاية أن يشغل ذمته به بعد أن لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا أن التوكيل بما يوجب حقاً على الموكل يتوقف على إثباته الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل بخلافه وإنما الوجه أن الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد إليه فإذا وكل به فاستولى عليه سبق ملكه ملك الموكل ولو قيل عليه هذا إذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما إذا قصد ذلك لغيره فلم لا يكون للغير يجب أن اطلاع نحو قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد فله (قوله فإن أخذاه جميعاً) يعني ثم خلطاه وباعاه قسم الثمن على كيل أو وزن مال لكل منهما وإن لم يكن وزناً ولا كيلاً قسم على قيمتهما كان لكل منهما وإن لم يعرف مقداراً كان لكل منهما ما صدق كل واحد إلى النصف لأنهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في أيديهما فالظاهر أنه بينهما نصفان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الابينة لأنه يدعى خلاف الظاهر (وإن أخذاه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئاً فهو للعامل) لوجود السبب منه (وإن عمل أحدهما أو أعانه الآخر) بأن قاعه أحدهما وجعه الآخر أو قلعه أحدهما وجعه والآخر خوله فلهما عين أحرمته بالغام بالغ عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقوله (وقد عرف في موضعه) يعني كتاب الشركة من المبسوط فإنه ذكر فيه وجه قول كل منهما فهو وجه قول محمد أن المسمى مجهول إذ لم يدرك نوع من الحماط يصيبان وهل يصيبان شيئاً أو لا والرضا بالمجهول لغو فسط اعتبار رضاء بالنصف للجهالة وصار مستوفياً منافع به بقصد فاسد فله أحرمته بالغاً بالغاً مبالغ وأبو يوسف يقول بمحمد فيما إذا لم يصيب شيئاً وفيما إذا أصاباً أنه إن كان أحرمته أ أكثر فهو قد رضى بما دون من النصف وكونه مجهولاً في الحال فهي حالة على شرف الزوال فإنه على عرض أن يصير مع لوما عند الجمع والبيع بخلاف ما إذا لم يصيب شيئاً فإن المسمى لا يمكن اعتباره لجهالة بالتفاحش حالوماً لا فينثذأجر

بلاعقد وصورة النقص  
ليست كذلك فإنه لا يملكه  
إلا بالشراء

واجتناء الثمار من الجبال والبراري من الحوز والغسق وغيرهما فإن عمل ذلك وخلطاه ثم باعاه قسم الثمن على كيل ما كان لكل واحد منهما إن كان كيلياً أو وزنه إن كان وزنياً لكل واحد منهما كان مالاً كما أصابه والتمن في البيع إنما يسم على مالية المعقود عليه ومالية المكيل والموزون تعتبر بالكيل والوزن فلهذا قسم الثمن بينهما على ذلك وإن لم يكن كيلياً أو وزنياً قسم الثمن على قيمتهما كان لكل واحد منهما حالان معرفة المالية فيما لا يكال ولا يوزن بمعرفة القيمة وإن لم يعرف مقداراً كان لكل واحد منهما صدق كل واحد منهما إلى النصف لأنهما استويا في الاكتساب وقد كان المكتسب في أيديهما فكل واحد منهما في دعواه إلى النصف إنما يدعى ما كان في يديه والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الابينة لأنه يدعى خلاف ما يشهد هذا الظاهر وكذلك الشركة بمنع الطين وبيع من أرض لا يملكها أو الجص أو الملح أو الكحل أو ما أشبه ذلك كذا في المبسوط (قوله والوكيل يملكه بدون أمره فلا يصلح نائباً عنه) قبل أن التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو نائب للموكل وليس ثابتاً للوكيل وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه هنا فلم تثبت الشركة كذا في الإيضاح فإن قيل يشترط في هذا بالتوكيل بشراء عبد بغير عين فإنه

وقوله (فالمعين أجر مثله بالغاما بلع عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه) أي في طلب الشر كمن  
المسوط قبل تقديم ذكر محمد على أبي يوسف وجهما الله في الكتاب وكذا (١١١) تقديم دليل أبي يوسف على دليل محمد في المسوط

دليل على أنهم اختاروا قول  
محمد وجه قول أبي يوسف  
أنه رضى بنصف المجموع  
وان كان ذلك مجهولا في  
الحال لانه يعلم في المال  
وكانت جهالة على شرف  
الزوال فانه بعرضه أن يصير  
معلوما عند الجمع فإذا كان  
راضيا في الابتداء بنصف  
المجموع وقد فسد العقد كان  
راضيا بنصف ثمن المجموع  
في الانتهاء فلا يجاوز به نصفه  
لانه يعتبر رضاه في اسقاط  
حقه عن المطالبة الزيادة  
وجه قول محمد أنه لا يمكن  
تقرره أي تقرير أجر المثل  
بنصف قيمة المجموع لانه  
مجهول جهالة متفاحشة  
جنسا وقد احيى لا يدرى  
أي نوع من الحطب يصيدان  
وأي قدر منه يجمعان ولا  
يديران أيضا هل يجمعان  
ما عقدا عليه عقد الشركة أو  
لا يجمعانه فإذا كان كذلك  
لا يمكن أن يقال ان المعين  
رضى بنصف المسمى من  
الحطب أو غيره لان الرضا  
بالمجهول لا يتحقق فيجب  
الاجر بالغاما بلع ألا يرى أنه  
لو أعانه عليه فلم يصيبا شيئا  
كان له الاجر بالغاما بلع فهنا  
أولى لأنهما أصابا وقوله  
(واذا اشترى كولا أحدهما  
بغل ولا خرراوية) الراوية

فالمعين أجر المثل بالغاما بلع عند محمد وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه  
قال (واذا اشترى كولا أحدهما بغل ولا خرراوية يستقي علم الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب  
كله لأذ استقى وعليه أجر مثل الراوية ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فله أجر

المثل بالغاما بلع وقوله (لا يجاوز به) بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله (نصف ثمن ذلك) بالرفع لانه  
هو النائب عن الفاعل \* (فرع) \* لهما كلب فار سلاه فإصاب بينهما ولو كان لأحدهما وأرسلهما جميعا  
كان مأصبا لمالكه (قوله) وإذا اشترى كولا أحدهما بغل ولا خرراوية يستقي علم الماء وما يحصل بينهما  
لم تصح الشركة) اعلم أن الراوية تبقى الأصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه ويقال ويت  
للقوم إذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء فعلى الأول أن يكون  
لهذا جمل ولا خرراوية فاشترى كلبا على أن كلا يؤجرهما لكل واحد فلو زفاهو بينهما وذلك باطل لان حاصل  
معنى هذا ان كلا قال لصاحبه ببع منافع دابتك ليكون ثمنه بينهما ومنافع دابتي على ان ثمنه بينهما ولو صرحا بهذا  
كانت الشركة فاسدة ثم ان أجزاها ما أجر معلوم صفة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل أجر البغل  
ومثل أجر الجمل لان الشركة لما فسدت والاجارة صحيحة لان عقداها على منافع معلومة ببدل معلوم كان الاجر  
مقسما وما بينهما كما يقدّم على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشترى كلبا على ان يتقبلا الجولان  
المعلومة بأجر معلوم ولم يؤجر البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة التقبل والاجر بينهما نصفان ولا يعتبر  
زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل أحدهما كصباغين لأحدهما آلة الصبغ  
ولا خرراوية يعمل فيه اشترى كلبا على تقبل الاعمال ليعمل به تلك الآلة في ذلك البيت وان أجر البعير أو البغل  
بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد فلو أعانه الآخر على التحميل والنقل كان له أجر مثله لا يجاوز نصف  
الاجر على قول أبي يوسف والغاما بلع على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى جمل ليؤجرها وما أطلع الله تعالى  
بينهما نصفان كان الاجر كله لصاحب الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا ان تقديره انه قال ببع منافع دابتي  
ليكون الاجر بينهما ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامر وللعاقد أجر  
مثله لانه لم يرض أن يعمل بخلاف ما لو دفع اليه دابة ليسع عليها طعاما للمدفع اليه على أن يرجع بينهما  
نصفان فان الشركة فاسدة والرجع لصاحب الطعام ولصاحب الدابة أجر مثله لان العامل استوفى منافع الدابة  
بعقد فاسد فكان عليه أجر مثله والرجع للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثاني أن يكون لهذا

يجوز مع أن الوكيل كان ذلك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده فعلم بهذا أنه لا يشترط لصحة التوكيل أن  
لا يملك الوكيل ذلك التصرف قبل التوكيل قلنا لا يشك لمسا أن التوكيل بالشراء يخالف التوكيل  
بالاحتطاب لوجهين أحدهما أن في العقد المعين لا يملك الوكيل أن يشتر به لنفسه بعد التوكيل وان كان  
عليه قبله والتوكيل بالاحتطاب في الحطب المعين وغير المعين سواء في أنه لا يصح وقوع التوكيل في أمر مباح  
لهمما والثاني أن التوكيل يلزم الثمن في ذمة الموكل ولا يلزم قبله ولم يكن الوكيل قادرا هناك على الزام  
الثمن في ذمة الموكل قبل التوكيل فصح ما قلنا أن التوكيل انما يصح فيما لا يملكه الوكيل قبل التوكيل وعلى  
شمس الائتم رحمه الله في المسوط فقال لان الاحتطاب اكتساب والاكتساب في المحل المباح يوجب الملك  
للمكتسب فثبت أن كل واحد منهما يشترط لنفسه بعض كسب صاحبه من غير رأس مال ولا ضمان له  
فيه أو يصير كل واحد منهما كاتفاوض مع صاحبه لنصف ما يكتسب بنصف ما يكتسب صاحبه وهذا معاوضة  
في المجهول فلا تكون صحيحة (قوله) فالمعين أجر مثله بالغاما بلع عند محمد رحمه الله تعالى عليه) وعند أبي يوسف

في الأصل بعير السقاء لانه يروى الماء أي يحمله ثم كثر حتى استعمل في الزادة وهي المرادة هنا قال أبو عبيدة الزادة لا تكون الا من جلدتين  
يقام بجلد ثالث بينهما التسع وأجمع مرادوا مراد

(قوله قبل تقديم ذكر محمد) أقول القائل هو الاتفاني

وقوله (لان الرج فيه تابع للمال فيقدره) (٤١٢) بقدره) فيه نظر لان الرج عندنا فرع للعقد كما هو وكل فرع تابع وكونه تابعاً

للمال انما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم في كتاب الكلام متناقضاً والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد موجوداً وههنا قد فسدت العقد فيكون تابعاً للمال لانه شرط فان العسلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تضاف الى الشرط والرجع عبادة عن الزيادة يقال اخرجت الارض ريعاً أي غلة لانها زيادة وقوله (على ما بيناهم من قبل) اشارة الى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتداً وحكم بالحاقه الى قوله ولنا انه بالعاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام الخ وقوله (لانه) أي الموت (عزل حكمي) ليكون موت الموكل بوجوب عزل الوكيل حكماً لغزول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على نبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل ينزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله (واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة وإذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة

للمال انما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم في كتاب الكلام متناقضاً والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد موجوداً وههنا قد فسدت العقد فيكون تابعاً للمال لانه شرط فان العسلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تضاف الى الشرط والرجع عبادة عن الزيادة يقال اخرجت الارض ريعاً أي غلة لانها زيادة وقوله (على ما بيناهم من قبل) اشارة الى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتداً وحكم بالحاقه الى قوله ولنا انه بالعاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام الخ وقوله (لانه) أي الموت (عزل حكمي) ليكون موت الموكل بوجوب عزل الوكيل حكماً لغزول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على نبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل ينزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله (واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة وإذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة

للمال انما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم في كتاب الكلام متناقضاً والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد موجوداً وههنا قد فسدت العقد فيكون تابعاً للمال لانه شرط فان العسلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تضاف الى الشرط والرجع عبادة عن الزيادة يقال اخرجت الارض ريعاً أي غلة لانها زيادة وقوله (على ما بيناهم من قبل) اشارة الى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتداً وحكم بالحاقه الى قوله ولنا انه بالعاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام الخ وقوله (لانه) أي الموت (عزل حكمي) ليكون موت الموكل بوجوب عزل الوكيل حكماً لغزول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على نبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل ينزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله (واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة وإذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة

للمال انما هو مذهب الشافعي رحمه الله كما تقدم في كتاب الكلام متناقضاً والجواب انه تابع للعقد اذا كان العقد موجوداً وههنا قد فسدت العقد فيكون تابعاً للمال لانه شرط فان العسلة اذا لم تصلح لاضافة الحكم اليها تضاف الى الشرط والرجع عبادة عن الزيادة يقال اخرجت الارض ريعاً أي غلة لانها زيادة وقوله (على ما بيناهم من قبل) اشارة الى ما ذكره في باب أحكام المرتدين في قوله وان لحق بدار الحرب مرتداً وحكم بالحاقه الى قوله ولنا انه بالعاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الاسلام الخ وقوله (لانه) أي الموت (عزل حكمي) ليكون موت الموكل بوجوب عزل الوكيل حكماً لغزول ملكه الى ورثته فلا يتوقف حكمه على نبوت العلم به ألا ترى أن الوكيل ينزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته وقوله (واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة) متصل بقوله والوكالة تبطل بالموت واعترض بأنه قد تقدم أن الوكالة تثبت في ضمن الشركة وإذا كان كذلك كانت تابعة لها ولا يلزم من بطلان التابع بطلان المتبوع وأجيب بأن الوكالة تابعة

\*) فصل

للمشركة من حيث انها شرطها لا تصح الشركة بدون الوكالة أشار المصنف الى ذلك آتباعاً بقوله ولا بد منها أي الوكالة لتحقيق الشركة وإذا كانت شرطاً لا يتحقق بقاء المشروع بدونه وقوله (لانه) أي الفسخ (عزل قصدي) فيتوقف على العلم

\* (فصل وليس لاحد الشرى يكن أن يؤدي كاه مال الاخر الا باذنه) \* لانه ليس من جنس التجارة فان  
أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي كاهه فان أدى كل واحد منهما حاقا لثاني ضامن علم باداء الاول أو لم يعلم  
وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن اذا لم يعلم

بطلان التبع بطلان الاصل وبطلانها بالاتفاق لانه موت حكمي على ما بيناه من قبل في باب أحكام المرتدين  
ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشرى بموت شركه وعلمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الاخر  
على الشركة لانه عزل حكمي فان ملكه يتحول شرعا الى وارثه علم موته أو لا فلا يمكن توقفه وقد نفذ الشرع  
حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ أحد الشرى يكن الشركة وما الهادراهم أو دنانير حيث يتوقف على علم الاخر  
لانه عزل قصدي لانه نوع حجر فيستترط علمه دفعا للضرر وعنه وتقيده بما اذا كان مال الشركة دراهم أو  
دنانير لانه لو كان عروضا فلا راية في ذلك عن أصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نسي  
المضارب عن التصرف فان كان مال المضارب بدراهم أو دنانير صح نسيه غير انه يصرف الدراهم بالدنانير ان كان  
رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح بفعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال  
لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وقرئ بالشركة والمضاربة  
بان مال الشركة في أيديهم ماعا ولا ية التصرف اليهما جميعا فبذلك كل نسي صاحبه عن التصرف في ماله نقدا  
كان أو عروضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عرضا ثبت حتى المضارب فيه لا يستحقه بجموه وهو المنفرد  
بالتصرف فلا يملك رب المال نسيه \* (فروع) \* انكار الشركة فسخ وقوله لا أعجل فسخ حتى لو عمل الاخر كان  
ضامنا لعيبة نصيب شرىكه وفي الخلاصة قال أحد الشرى يكن لصاحبه أن يأمر بدأن أشتري هذه الحاركة لنفسى  
فسكت فاشترها لا تكون له ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشترها لا تكون له ثم فرق فقال ان الوكيل  
يملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضى أم سخط بخلاف الشرى يكن فان أحد الشرى يكن لا يملك فسخ الشركة الا  
برضا صاحبه اه وهذا غلط وقد صحح هو انفراد الشرى بك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر  
في التبيين فان أحد المتعاضدين لا يملك تغيير مو جبها الا برضا صاحبه وفي الرضا احتمال يعنى اذا كان ساكنا  
والمراد بوجبه وقوع المشتري على الاختصاص ولا يشك على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتر كوا  
شركة صحيحة على قدر رأس أموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي لشركتهم فشارك الحاضران آخر  
على ان ثلث الربح والثلثين بينهم أثلاثا لثلاثة للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال  
سنتين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يشكهم بشئ فاقسموا ولم يزل يعمل معهم هذا الرابع حتى خسر المال  
أو استهلكه فاراد الغائب أن يضمن شرىكه لا ضمانا عليهم ما وعلمه بعد ذلك رضا بالشركة لان هذا يخص  
من السكوت الثابت لما فيه من زيادة العمل

\* (فصل) \* لما كانت أحكام هذا الفصل بعيدة عن الشركة اذ ليست من أمور التجارة والاسترباح  
أفردنا بفصل وأخوه (قوله واذا أذن كل أن يؤدي كاهه أمواله اذا حال الحول فالحادى) وقد أدى الأذن  
المالك ضمن لشركه ما أداه (علم باداء أولم يعلم عند أبي حنيفة ترجمه الله) وعندهما لا يضمن مال يعلم باداءه  
هكذا ذكر في كتاب الزكاة من المبسوط ونقل الولوالجى ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم  
بإداء المالك ونص في زيادات العتاي ان عندهما لا يضمن علم باداءه أولم يعلم قال وهو الصحيح عندهما وعلى

يشترط علمه لثبوته ضمنه للتغير كما اذا باع الموكل بالبيع قبل بيع الوكيل ينزل الوكيل علم أولم يعلم والله تعالى  
أعلم بالصواب \* (فصل) \* (قوله وقال لا يضمن اذا لم يعلم) وفي الزيادات لا يضمن علم باداء شرىكه أولا وهو  
الصحيح عندهما وكذا الخلاف في الوكيل باء الزكاة وكذا الخلاف فيما لو دفع ماله الى رجل ليكفر عنه فكفر  
الاخر ثم كفر المأمور وهو لا يعلم ضمن عند خلافهما وكذا الخلاف في الوكيل بعق العبد عن الظهار  
اذا أعتقه بعدما كفر الموكل بنفسه أو بعدما عصى العبد عند أبي حنيفة ترجمه الله لا ينفذ عتقه وعندهما ينفذ

\* (فصل) \* ولما كانت  
أحكام هذا الفصل أبعد من  
مسائل الشركة من قبيل  
أنها ليست من مسائل  
التجارة آخرها في فصل على  
حدة وكلامه واضح

\* (فصل) \* وليس لاحد  
الشرى يكن أن يؤدي كاه  
مال الاخر الا باذنه الخ

لا يحتاج الى شرح سوى ما ذكره وقوله (أما إذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه) يعني عند أبي حنيفة خلافهما وقوله (لان الزاهر أنه لا يلتزم الضرر) يعني إذا دفع بعض ماله على يد الوكيل الادفع الضرر رأى بقاء الواجب في ذمته وقوله (لانه عزل حكمي) اعترض عليه بأنه يشك كل الوكيل بقاء الدين فان هناك اذا قضى الموكل بنفسه ثم قضى الوكيل فان علم بأداء الموكل فهو ضمن وان لم يعلم يضمن شيئاً فذكر في هذا بين العلم وعدمه مع أنه حصل العزل الحكمي هناك أيضاً بأداء الموكل وأوجب بان الوكيل بقضاء الدين مأمور بان يجعل المؤدى مضموناً على القاض على ما هو الأصل لان الدين تقضى بالمال والاداء يتصور بعد أداء الموكل فلم يكن أدائه موجباً لعزل الوكيل حكماً فوضع الفرق أن هناك لو لم يوجب الضمان على الوكيل بجعله بأداء الموكل لالحق الموكل فيه ضرراً لانه يمكن من استرداد المقبوض من القاض وتضمنه ان كان حالاً كما هو هنا (٤١٤) لو لم يوجب الضمان أدى الى لحاق الضرر بالموكل لانه لا يتمكن من استرداد

الصدقة من الفقير ولا تضمنه والضرر مدفوع فلهذا وجب الضمان بكل حال واعتراض عليه أيضاً بان زكاة كل واحد تسقط عنه بعد أدائه فيرتب عليه عزل وكيله وحال ما يؤدي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل عن الاداء وأوجب عنه بأنه أمره بأداء الزكاة عنه في حال استقرار الزكاة على الأمر وعند ما يؤدي الموكل عن نفسه الزكاة الحالة حاله زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف في هذه الحالة أنها حالة استقرار الزكاة فكان إذا دعا على غير الوجه المأذون فكان مخالفاً لما أمره فذلك ضمن وقوله وأما دم الاحصار جواب عن قوله فصار كالأمور بذبح دم الاحصار وتقديره أن لا نسلم أن المأمور بذبح دم الاحصار لا يضمن إذا ذبح بعد زوال الاحصار ولئن سلمنا أنه لا يضمن بالاتفاق لسكن الفرق بينهما أن دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى أن يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن أمراً مقصوداً فلم يمكن أن يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعلى المأمور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فانه واجب وكان اسقاط الواجب أمراً مقصوداً وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه فعلى المأمور عن المقصود فيضمن

وهذا إذا أديا على التعاقب أما إذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الأمر بنفسه له ماله مأمور بالتكليف من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التكليف لا وقوعه زكاة تتعلق به بالموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالأمور بذبح دم الاحصار إذا ذبح بعد ما زال الاحصار وجب الأمر لم يضمن المأمور وعلم أولاً ولا يضمن المأمور بأداء الزكاة والمؤدى لم يقع زكاة فصار مخالفاً وهذا لان المقصود من الأمر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر أنه لا يلتزم الضرر والادفع الضرر وهذا المقصود حصل بأدائه وعرض أداء المأمور - نفسه فصار معز ولا علم أولم يعلم لانه عزل حكمي وأما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق وجهان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكن ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر الأمر بنفسه ثم كفر المأمور (وعلى هذا المأمور بأداء الزكاة) وهذا الخلاف فيما إذا أديا على التعاقب فان أديا معا ضمن كل نصيب الاخر عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزادات العتابي وعلى فيما نقل عن المبسوط بان زكاة كل منهما تقع بما أداها بنفسه أو أداه بنفسه بوجوب عزل الوكيل ولا يخفى أنه لا يقيد لانه بعد تسليم ان أدائه يضمن عزل الوكيل وهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافة الكتاب انه أداه بالامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما أمره بأداء ما هو زكاة لا نقول ليس هذا من وسع الوكيل لان وقوعه زكاة يتعلق بامر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا لو دفع الى رجل ليقضى به ادبنا عليه ثم أدى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار أيضاً كدم الاحصار اذا ذبح المأمور بعد زوال الاحصار (ولا يضمن حنيفة انه مأمور بأداء الزكاة والمؤدى) بعد أدائه لم يقع زكاة فصار مخالفاً وهذا لان الظاهر أن لا يلتزم الضرر) بتنقيص المال الادفع الضرر والدين وقد خلا أدائه عن ذلك (فصار بأدائه معز ولا علم أو لم يعلم لانه عزل حكمي) لا يتوقف على العلم بالعزل بالمرت كما ذكرنا أنما أديا معا ضمن به من المسئلتين فقبل بمنع تسليم أبي حنيفة الجواب فيها ما قيل بل هو على الاتفاق والفرق (ان الدم ليس بواجب على الأمر المحصر لانه يمكنه أن يصبر حتى يزول الاحصار) أدرك الحج أولم يركموا بفعل أفعال فائت الحج (وفي مسئلتنا الاداء سواء علم بكفر الموكل أو لم يعلم على ما ذكرناه في الزيادات) قوله أما إذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه) أي عند أبي حنيفة فخرجه الله علم أولم يعلم فان قيل إذا أديا معا ينبغي أن لا يجب الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله اعدم سبق أداء الموكل فلم يقع فعل الوكيل نفلاً قلنا أداء الموكل بنفسه ان لم يسبقه تحقيقاً سبقه اعتباراً وتقديره ان تصرف الموكل على نفسه أقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقاً بمعنى كالموكل ببيع مع الموكل اذا باعه وخرج الكلامان معاً فاذبح الموكل دون الوكيل (قوله وهذا المقصود حصل بأدائه)

الفرق بينهما أن دم الاحصار ليس بواجب البتة لانه لو صبر الى أن يزول الاحصار لم يطالب بدم الاحصار فلم يكن أمراً مقصوداً فلم يمكن أن يقال ان المقصود حصل بفعل المحصر قبل فعل المأمور فعلى المأمور عن المقصود بخلاف أداء الزكاة فانه واجب وكان اسقاط الواجب أمراً مقصوداً وقد حصل هذا المقصود بأداء الأمر نفسه فعلى المأمور عن المقصود فيضمن

(قوله وأوجب بان الوكيل الخ) أقول وفي شرح الاتفاق والجواب عن مسئلة كتاب الوكالة قال صاحب الاجناس من أصحابنا من قال ان هذا الجواب عن قوله ما قاله على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن التوكيل في جميع الاحوال فعلى هذا لا يحتاج أبو حنيفة الى الفرق (قوله واعتراض عليه أيضاً الى قوله وأوجب عنه بأنه أمره الخ) أقول هذا الاعتراض والجواب للاتفاق



وقوله (واذا أذن أحد المتفاوضين) صورة المسئلة تطاهرة وتقر برديلهما أنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك وكل من فعل كذلك يرجع عليه صاحبه بنصيبه كافي شراء الطعام والكسوة وقوله (وهذا) بيان لقوله أنه أدى ديناً عليه خاصة لأن الملك واقع له خاصة بدليل حل وطهها والتمن بمقابلة الملك فكان الدين عليه خاصة ولا يـ حنفية مرضى أنه عند ان الجارية دخلت في الشركة على التبت وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة وكل ما دخل في الشركة وأدى المشتري ثمنها من مال الشركة فإنه لا يرجع (٤١٥) عليه صاحب شيء يـ كلوا اشتراها قبل الاذن وأدى ثمنها من مال الشركة

فإنه لا يرجع عليه شيء وبين دخوله في الشركة بقوله (جرباً على مقتضى الشركة) أي شركة المعاوضة فإن ذلك يقتضي دخول ماليس بمستثنى كالطعام والكسوة فتحتا وشراء الجارية لبس بمستثنى فيدخل تحتها لانهما لا يمكن تغيير مقتضى الشركة مع بقاء الأثرى أنهم لم يوطوا شرطاً للتفاوت بينهما في ملك المشتري لم يعتبر مع قاء عقد الشركة فان قيل لو كانت واقعة على الشركة كيف كان يحل وطوهاً وجب بانه كان يحل وطوهاً كما يحل اذا وهبه نصيبه بعد الشراء بغير اذن وقوله (غيبه) لأن الاذن يتضمن هبة نصيبه استثناء من قوله فأنه حال عدم الاذن فانه كان مما يوجبهم أن يقال كيف يشبه حال عدم الاذن وهناك لم يحل وطوهاً بعد الاذن يحل فزال ذلك بقوله غيبه لأن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع يعني لا يمكن أن يقال حل

واجب فاعتبر الاسقاط مقصود فيه دون دم الاحصار قال (واذا أذن أحد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فليطها ففعل ففعل له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليه بنصف الثمن) لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك لا يرجع عليه صاحبه بنصيبه كافي شراء الطعام والكسوة (وهذا) لأن الملك واقع له خاصة والتمن بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في شركة على التبت جرباً على مقتضى الشركة اذ هما لا يمكن تغييره فأنه حال عدم الاذن غير أن الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطء لا يحل إلا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة فأنه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى عنها للأضرورة فبيع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال

واجب فاعتبر الاسقاط مقصود فيه) وأما مسألة الدين فافرق أنه أمر مدفع مضمون على الاستحذو ذلك ثابت وان كان لا أخذ دائته وهذا لان عين الدين لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على الغايض ثم يصير الضمان بالضم من قصاص او قد وقع ولم يغت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى أنه لم يقع الجواب عن قولهما ليس في وسعه ايقاعه كإفكالك المأمور به دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلاً حكماً لهما أن عنده لانه موقوف على كون الامر صح بدفعه مقيداً بوقوعه كإفكالك ممنوع وقد قيل انه لما امره بإداء الزكاة كان ناوياً بالفلو بادار الى الاداء وقع المأمور به فلما أخر حتى أدى الأمر كان بتأخيرته متسبباً لوقوعه غير عزلاً كإفكالك لا يخفى ما فيه (قوله واذا أذن أحد المتفاوضين لا سخر أن يشتري جارية فليطها ففعل) وأدى جميع ثمنها من مال الشركة (فهو له بغير شيء عند أبي حنيفة وقال لا يرجع عليه) شريكه (بنصف) ما أدى (لأنه أدى ديناً عليه من مال الشركة) لأن الملك فله خاصة كطعام أهله (وله ان الجارية دخلت في الشراء على الشركة) جرباً على موجب المعاوضة اذ لا يمكن تغييره فكان كحال عدم الاذن ثم (الاذن) له بالوطء (يتضمن هبة نصيبه منه) اذ لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع الصادر من البائع لاحد الشرى يمكن (لما بينا) من عدم ملكهما تغيير مقتضى العقد ولان الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعاً واستشكل بانه لو ثبت الملك حكماً لا لاحتلاله لكان قول الرجل للرجل اذحلت لك وطء هذه الأمة تملكها لهما منه وهو منف وأوجب بالفرق بان الجارية المشتركة قبل تلك الشريك لهما من الجارية

وعرى أداء المأمور عنه فصار معز ولا علم أولم يعلم لانه عزله حكمي فان قيل يشك بما اذا أمر المدبون الآخر بقضاء الدين من مال المدبون فقبل أن يعرض المأمور قضاء المدبون بنفسه ثم قضاء المأمور ان علم يصير ضامناً وان لم يعلم لا يصير ضامناً فلنا الدين يبي ديناً بعد القضاء والقضاء انما يكون للمدبون على الطالب دين الأثرى أن الطالب اذا أمر المدبون من الدين بعد قضاء الدين يصح والمدبون أن يطالب بما آذاه الى الطالب فاذا كان الدين باقياً أمكن القول بوقوع ما أدى المأمور قضاء عن الدين فيحقق الامتثال اذ قضاء الدين جعل مثل الدين مضموناً على الغايض وقد تحقق هذا ذلك فلا يضمن اذا لم يعلم فاما علم يصير ضامناً لانه مأمور بقضاء الدين على وجه تسقط به المطالبة ولم يوجد ذلك منه لان المطالبة سقطت بقضاء الأمر وان لم يسقط الدين فلم يكن مؤثراً فيصير ضامناً بخلاف الزكاة فانها لا تبقى بعد أداء الأمر فلا يمكن انقول بوقوع ما أدى الوكيل زكاة فيصير ضامناً علم أولم يعلم (قوله اذ هما لا يمكن تغييره) أي هما لا يمكن تغيير مقتضاها مع بقاءها

الوطء بناء على أنه اشترى جميعها بنفسه لما بينا أنه يخالف مقتضى الشركة برده ما ذكره آفان من قوله جرباً على مقتضى الشركة فأنه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن فكان له قال اشترى جارية بيننا وقد وهبت نصيب منها لك فأنزلت الهبة في الشائع لأن الجارية بما لا تقسم بخلاف الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة لان ذلك مستثنى عنها للأضرورة فبيع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدياً ديناً عليه من مال الشركة وفي مسئلة مناقضى ديناً لهما لما بينا أنها دخلت في الشركة ونفسه بحث من وجهه أحد هـ ما أن من قال أعتق عبيدك عني ولم يذكر المال فعمل

لا يصير هبة عند أبي حنيفة ومحمد والعنق يقع (٤١٦) عن المأمور لا تنفاه القبض الذي هو شرط الهبة فكيف صار هبة فيما نحن فيه والثاني

الشركة وفي مسئلتنا قضى ديننا عليهما ما بيننا (وللبائع ان يأخذ بالثمن أهم ما شاء بالاتفاق) لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة  
\* (كتاب الوقف) \*

التي لا تلك المظالم بالاحلال شقصامنها ولذا كان أحد الشرى يكتن على كمالها بالاستيلاء دون الاجنبى فاما من له حق التملك كالأب والجدة والوايه غير محفوظة في تلك الجارية بالاحلال  
\* (كتاب الوقف) \*

مناسبة بالشركة ان كلامهم ما يراد لا سبب الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة مستبق في ملك الانسان وفي الوقف يخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع بالدار الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما في الحديث المعروف اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية بالحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه أما تفسيره لغة فالجس مصدر وقف وقف وقف حبست قال عنتره

ووقف فيها ناقتي فكأنها \* فذن لا قضى حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويحتمل ان في قولك وقف زيد أو الجار فوقه وأما وقفته بالهمز فلغير دينة وقال أبو الفتح ابن جني أخبرني أبو علي الفارسي عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان المازني قال يقال وقف دارى وأرضى ولا يعرف أوقف من كلام العرب ثم اشتبه المصدر أعني الوقف في الموقوف فقيل هذه الدار وقف فلذا جاع على أفعال فقيل وقف وأوقف كوقف وأوقاف وأما شرعا فليس العين على ملك الوقف والتصدق بمنفعتهما أو صرف بمنفعتهما على من أحب وعندهما حبسها الا على ملك أحد غير الله تعالى الخ وقد انتظم هذا بيان حكمه وسيأتى تمامه فلا حاجة لافراذه هنا أيضا وإنما قلنا أو صرف بمنفعتهما لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القرى به وهو وان كان لا بد في آخره من القرية بشرط التأيد وهو بذلك كالقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وفقا قبل انقراض الاغنياء بالتصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا بين الاحياء وفي الآخرة بالتقر بالرب الارباب جل وعز وأما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حرا بالغا قلا وان يكون منجرا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا وأما الاسلام فليس بشرط ولو وقف الذي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز ان يعطى المساكين المسلمين وأهل الذمة وان خص في وقفه مساكين أهل الذمة جاز

بدليل أنهم ما لشرط التفاوت في ملك المشتري لم يعتبر ذلك مع عقد الشركة فاشبه حال عدم الاذن اذ الاذن انما يعتبر فيما لا يثبت بدونه وشراء أحدهما صحيح بدون اذن شريكه وكذلك الملك في المشتري يكون لهما والثن عليهما بدون اذن لشريك فثبت أن اعتبار اذنه في انفراد المشتري بملك الجارية وهذا التملك ثبت في ضمن الاذن بالوطء اذ مع وقوع الشراء على الشركة لا يحل له وطئها الا بعد تسليم الاذن نصيبه منه بطريق الهبة فاقتضى الاذن بالوطء بلا ذكر عرض شرطه التمسك منه وهو الهبة وهي جائزة في الشائع فيما لا يقسم فكان الاذن قال له اشتر هذه الامت على الشركة ثم تلك نصيبى بالهبة فاذا اشترى وقبضت الهبة كمالا واشترها ثم وهب أحدهما نصيبه من صاحبه فانها تصير له ويحل له وطئها والثن عليهما بخلاف الطعام والكسوة لان ذامستثنى من قضية الشركة بحكم الضرورة اذا الحاجة الى الطعام والكسوة أصلية لازمة والتخصيص بالهبة باطل لانه منقسم فيقع الملك في المشتري للمشتري على الخصوص بنفس الشراء فيكون الثمن عليه على الخصوص والحاجة الى الوطء غير معلومة الوقوع في هذه الشركة فلم يثبت الاستثناء حال الوقوع لعدمها في الحال والوقوع بعد ذلك محتمل فلم يثبت الاستثناء بالشك والله تعالى أعلم بالصواب

\* (كتاب الوقف) \*

أن الملك يثبت في نصيب الشركة بالهبة حكما لا دنا بالوطء والملك لا يثبت في الجارية بالهبة حكما لا دنا فان من قال غير ذلك فالحال وطء هذه الجارية لا يصير ملكا للمخاطب حكم الهبة بالاحلال والجواب عن الاول أن ذلك انما لا يصير هبة لا تنفاه القبض الذي هو شرطها وما نحن فيه ليس كذلك لانه يقبض بعد الشراء على الشركة وهو وكيل ثم يقبضه لنفسه وعن الثاني أن المصنف رحمه الله أشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت فصدا قوله (وللبائع أن يأخذ بالثمن أهم ما شاء) ظاهر والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب  
\* (كتاب الوقف) \*

(قوله وفيه بحث من وجهين أحدهما أن من قال أعتق عبدا عنى الخ) أقول المسألة المذكورة في الاصول (قوله وعن الثاني أن المصنف أشار الى ذلك بقوله في ضمن الاذن وجاز أن يثبت الشيء ضمنا ولا يثبت قصدا) أقول قد سبق نظير هذا الجواب من الشارح قبل ثلاث ورفات ونحن نقول فيه بحث فان الهبة اذا ثبت حكما لا دنا يكون ثبوته ضمنا أيضا والاولى أن يقال ان الجارية المشتركة أقبل لملك الشريك لهما من الجارية التي لا يملكها

ويفرق

المخاطب بالاحلال شقصامنها ولذا كان أحد الشرى يكتن على كمالها بالاستيلاء دون الاجنبى \* (كتاب الوقف) \*

ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم إلا أن خص صنفاً منهم فلو دفع القيم إلى غيرهم كان ضامناً وإن قلنا أن الكفر كالملة واحدة ولو وقف على ولده ونسبه ثم لاقى قراء على أن من أسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا إن قال من انتقل إلى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاص ولا يعلم أحد من أهل المذهب تعقبه غير متأخر يسمى الطرسوي شتم بأنه جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سبب الحرمان وهذا البعد من الفقه فإن شرائع الواقف معتبرة إذا لم يخالف الشرع والواقف مالكه أن يجهل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله أن يخص صنفاً من الفقراء دون صنف وإن كان الوضع في كلهم قرينة ولا شك أن التصديق على أهل الذمة قرينة حتى جاز أن تدفع إليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقراء أو رأيت لو وقف على فقراء أهل الذمة ولم يذكر غيرهم أليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولى إلى المسلمين كان ضامناً فهذا مثله والاسلام ليس سبباً للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال والسبب هو إعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه أن يكون قرينة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعه مثلاً فاذا خربت يكون للفقراء كان ابتداءً ولم يجعل آخره للفقراء كان ميراثاً عنه نص عليه الخصاص في وقفه ولو لم يحكم خلافاً ومعلوم أن خلاف أبي حنيفة في الوصية فإنه اشترط أن يكون قرينة عندهم يقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو أنكر فشهد عليه ذمياً إن عدل أن في ماله من وقفه عليه بالوقف ولو وقف على أن يجمع به أو يعتمر لم يجوز لأنه ليس قرينة عندهم بخلاف ما لو وقف على مسجد بيت المقدس فإنه يجوز لأنه قرينة عندنا وعندهم وأما المرتداً إذا وقف حال رده ففي قول أبي حنيفة هو موقوف إن قتل على رده أو مات بطل وقفه وقول محمد إذا انتحل ديناً جاز منه ما يجزئ لاهل ذلك الدين أما المرتدة فلو حنيفة يجزئ وقفها لأنهم لا يتحل وأما المسلم إذا وقف وقفاً صحيحاً في أي وجه كان ثم ارتد بطل الوقف ويصير ميراثاً أو ماله أو ماله أو عاد إلى الاسلام الآن أعاد الوقف بعد عودته إلى الاسلام وحكي الخصاص في وقف المرتدين خلافاً بين أصحابنا مبنياً على الخلاف في الذي يتزندقهم ودياراً ونصرانياً ويجوز سباقاً لبعضهم أقر على اختياره وأقر الجزية عليه لاني أن أخذته بالرجوع فأنما الرده من كفر إلى كفر ولا أرى ذلك وقال بعضهم لا أقره على الزدقة وأما الصائفة فإن كفواً دهرية يقولون ما يهلكنا إلا الدهر فهم صنف من الزنادقة وإن كانوا يقولون بقول أهل الكتاب صعب من وقوفهم ما يصح من أهل الذمة وجميع أهل الأهواء بعد كونهم من أهل القبلة حكم وقفهم وصاياهم حكم أهل الاسلام الأثرى إلى قبول شهادتهم على المسلمين فهذا حكمهم بالاسلامهم وأما الخطاينة فأنما لم يقبلوا لأنه قيل أنهم يشهد بعضهم لبعض بالزور وعلى من خالفهم وقيل لأنهم يتدينون صدق المدعي إذا حلف أنه بحق ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب رضاء فوقه فأنما اشتراها من مالكها ودفع ثمنها إليه أو صالح على مال دفعه إليه لا تكون وقفاً لأنه أنما ملكها بعد أن وقفها فإذا أعلی أنه هو الواقف أمالو وقف ضبيعة غيره على جهات فبلغ الغير فأجازه بشرط الحكم والتسليم أو عدمه على الخلاف الذي سنده كره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وستأتيك فروغ أخر مبنية على هذا المشرط ومن شرطه أن لا يكون محجوراً عليه حتى لو سحر القاضي عليه لسفه أو دين فوق أرضه لا يجوز لأن حجره عليه كى لا يخرج ماله عن ملكه ليضر بآب الديون أو بنفسه كذا أطلقها الخصاص وينبغي أنه إذا وقفها في الحجر للسفه على نفسه ثم لحقه لا تنقطع أن يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم هذا أو ما عدا من تعلق حق الغير كآثره والاحارة فليس بشرط فلو أحراراً عامين فوقها قبل مضى المزم الوقف بشرطه فلا يملك عقد الاحارة فإذا انقضت المدة رجعت الأرض إلى ما جعله له من الجهات وكذا لو رهن أرضه ثم وقفها هو في الأصل مصدر وقفه إذا حبسه وقفها وقف بنفسه وقفاً يهدى ولا يتعدى وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ أو يعلقه بموته والصحيح أن في تعليقه بالموت لا يزول ملكه إلا أنه يلزم بالاجماع ولكن عنده يكون رقبته ملكاً كالورثة أوله وعندهما لا يكون ملكاً كالأحد كافي الاستناق والمسجد وكذلك إذا قال أرضي

مناسبة كذا الوقف بعد الشريعة (٤١٨) أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما ينبت على أصل المال وهو مصدر وقف الدابة

وقفاً وقفتها أنا بعدى ولا يتعدى وقف الدابة على المساكين وقفاً وأوقفتها لعة رديسة وعرفه شمس الأئمة السرخسي رحمه الله بأنه حبس المملوك عن التملك من غير وسببه طلب الزلفى وشروطه كون الوقف حراً بالغاً قلاً وكون المحل غير منقول وركنه أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدية على المساكين وحكمه خروج الوقف أى الموقوف عن ملك الوقف وعدم دخوله فى ملك الموقوف عليه وكلامه قال الاتفاقى الوقف الحبس من قواهم ووقف الدابة إذا منعت من السير قال صاحب الجهر الوقف مصدر ووقف الدابة أوقفه وقفاً وكذلك كل شئ حبسته وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل وقال ابن جنى فى شرح التنبيه أخبرنى أبو على الفاريسى عن أبي بكر عن أبي العباس عن أبي عثمان السارفى قال يقال وقف دارى وأرضى ولا يعرف أوقف من كلام العرب انتهى وفى شرح السكاكى الوقف فى الأصل مصدر وقفه إذا حبسه وقفاً وقف بنفسه وقفاً يتعدى ولا يتعدى ومنه وقف أرضه على ولده لأنه حبس الملك عليه وقيل للمعروف وقف كقوله نسج البن وضرب الأمير وجع على أوقاف كوقت وأوقات (قوله وهو مصدر وقف الدابة وقرفا الخ) أقول فيه بحث لأن فى مصدر وقف لازم مجيء وقفاً وقال على ما عترف به لاوقفاً الجواب أن مقصوده أنه مصدر وقفها أنا وقد كرر وقف الدابة لاوطئ يدل على ذلك كمر مصدر الأول دون الثانى

قال أبو حنيفة لا يزول ملك الوقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم أو يعلقه بغيره فيقول إذا مات فقدت دارى على كذا وقال أبو يوسف (يزول ملكه بمجرد القول قبل أن يفتكها زلم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ولو أقامت سنين فى يد المرتين فافتكها تعود إلى الجهة فلو مات قبل الافتك كالتفك قد يفتك به افتك وزلم الوقف وان لم يترك وقفاً يفتك بطل الوقف وفى الاجارة إذا مات أحد المتأجرين تبطل وتبطل وقفاً وأما شرطه الخاص لخروجه عن الملك عند أبي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به أو أن يلحقه حكم به وعند أبي يوسف لا بشرط سوى كون المحل قابلاً له من كونه عقاراً أو داراً وعند محمد ذلك مع كونه مؤبدية مقسوماً غير متشاع فيما يحتمل القسمة ومسلماً إلى متول وأما ركنه فالأغاط الخاصة كان يقول أرضى هذه صدقة موقوفة مؤبدية على المساكين ولا خلاف فى ثبوته بهذا اللفظ بعد شرطه ولا بأس أن نسوق شيئاً من الأغاط أرضى هذه صدقة أو قال تصدقت بأرضى هذه على المساكين لا تكون وقفاً بل نذر أو حبس التصديق بعينها أو بغيرها فان فعل خرج عن عهده النذر والاورث عنه كمن عليه كذا أو كفارة فأتى بلا إيصال تورث عنه وموقوفة فقط لا تصح الاعتدال أبو يوسف فإنه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفاً على الفقراء وهو قول عثمان النخعي وإذا كان مغيباً لخصوص المصرف أعنى الفقراء لم كونه مؤبدية لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدوق الشهيدي ومشايعه بل يقول أبو يوسف ونحن نقضى بقوله أيضاً كان العرف وجملاً يسند دفع رد هلال قول أبي يوسف بان الوقف يكون على الغنى والفقير ولم يميز فبطل لان العرف إذا كان يصرفه للفقراء كان كالتمريض عليهم فلو قال موقوفة على الفقراء صح عند هلال أيضاً والاحتمال بالتخصيص على الفقراء بخلاف قوله بحسب أو حبس ولو كان فى حبس مثل هذا العرف يجب أن يكون كقوله موقوفة وكذا إذا قال للسبيل إذا تعارفوه وقفاً مؤبدية على الفقراء كان كذلك والأسل فان قال اردت الوقف صار وقفاً لا محتمل لفظاً وأما اردت معنى صدقة فهو نذر فيه صدق بها أو ثمنها وان لم ينو كانت ميراثاً ذكره فى النوازل وقال فى ثبوت جعلها للفقراء ان تعارفوه وقفاً على به والأسل فان أراد الوقف فهو وقف أو الصدقة فهو نذر وكذا عند عدم النية لانه أدنى فائتاته به عند الاحتمال أول واعترضه فى فتاوى الخاصى بأنه لا فرق بينهما وذكر فى احدهما إذا لم تكن له نية يكون ميراثاً ولا يخفى أن كونه ميراثاً لا ينافى كونه نذراً لان المنذور به إذا مات ذر ولم يوف بنذره يكون ميراثاً لانه اقتصر على تمام التفصيل فى احدهما والافلاشك أن فى كل منهما إذا لم تكن له نية يكون نذراً فان مات ولم يتصدق به ولا بغيره يكون ميراثاً ولو قال صدقة موقوفة فلهال وأبو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتهى بقوله موقوفة احتمال كونه نذراً وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قبل وصية بنزلة وقف وهى معروفه عند أهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس أو بحسب موقوفة لانه معنى موقوفة فكان كافراً لفظ موقوفة فى النوازل لو قال جعلت نزل كرمى وقفاً فيه ثمر أو لا يصير الكرم وقفاً وكذا لو قال جعلت غلة وقفاً فيه لا كلام ما أمكن كآفته قال جعلت كرمى بمائيه وقفاً وينبغى أن لا تدخل الثمارة ما ساند كره ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغى أن لا يختلف فيه كقولنا مع ذلك مؤبدية وهو موضع اتفاق بينى الوقف على أنها العبارة الواضحة لأن قولاً فى الاسرار ولو لم يقل مؤبدية كان وقفاً على عامة من يجبر الوقف بغيره أن فيه خلافاً ولا ينبغى أن التأيد أن يجعله فى أول الامر أو آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء بغير ذلك وقوله موقوفة لله تعالى بنزلة صدقة موقوفة (قوله قال أبو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الوقف إلا أن يحكم به حاكم) أن يخرجه عن ملكه (أو يعلقه) أى يعلق الوقف (بغيره) فيقول إذا مات فقدت دارى على كذا وقال أبو يوسف (يزول بمجرد القول) الذى هذه صدقة موقوفة مؤبدية على حياتى وبعد مماتى أو يقول أرضى هذه صدقة محرمة مؤبدية حال حياتى وبعد

قال وقال على ما عترف به لاوقفاً الجواب أن مقصوده أنه مصدر وقفها أنا وقد كرر وقف الدابة لاوطئ يدل على ذلك كمر مصدر الأول دون الثانى

وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول  
وقفت الدابة وأوقفتم ابعني وهو في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك لواقف والتصدق بالمنفعة  
بنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة قال تصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز لواقف أصلا عنده وهو الموقوف في  
الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى  
فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعة الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

قدمنا في الوقف به وقال محمد (لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه) بعد ذلك القول وبه أخذ  
مشايخ بخاري واذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك  
الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقة ليس الا التصديق بالمنفعة ولفظ حبس الى آخره لا معنى له لان له بيع متى  
شاء وملكه متى ربه كالموقوف يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف الا مشيئة التصديق بمنفعته وله أن يستترك ذلك  
متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلاذ كر لفظ الوقف فلم يحد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر  
في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يميز لوقف وهو ما أراد المصنف بقوله (وهو الموقوف في الاصل) يعني  
المبسوط وجيشد يقول من أخذ ظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لانه ظاهره  
لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن او اذا لم يكن له أن يترأث على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاد والصحة  
فرع اعتبار الجود ومعلوم أن قوله لا يجوز ولا يميز ليس المراد التلغظ بل لفظ الوقف بل لا يجب من الاحكام  
التي ذكرها كرهه أتم أحكام ذكر الوقف فلا خلاف اذن فالوقف حنيفة لا يميز الوقف أي لا تثبت الاحكام  
التي ذكرها الا ان يحكم بها احكام وقوله بنزلة العارية لانه ليس حنيفة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره  
فظاهر وان أخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفى لانه نفسه \* (فرع) \* ثبت الوقف بالضرورة  
وصورته ان يوصى بغلة هذه الدار للمساكين أبا أو لقفلان وبعده للمساكين أبا فان هذه الدار تصير وقفا  
بالضرورة وألوا جهتها اذ اتمت فقد وقفت داري على كذا قال المصنف وعندهما حبس العين على  
حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعة الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة  
الى سوى قولنا يزول ملكه على وجهه حبس على منفعة العباد لان ملك الله في الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبرة  
الجيدة قول قاضيخان الان عند أبي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لاني مالك فيلزم ولا يملك  
وهذا هو الاصح عند الشافعي وأحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو رواية عن أحمد ينتقل الى ملك الموقوف  
عليه ان كان أهلا للملك لا تمتناع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه  
لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية ان هذا قول آخر للشافعي وأحمد لانه صلى الله عليه  
وسلم قال حبس الاصل وسبل الثمرة وهذا أحسن الاوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت في كل من  
القولين وهو خوجه لا الى مالك وثبوت ملكه أو ملك غيره فيه مع منعه من بيعه وهبته وكل منهما له نظر في  
الشرع فن الاول المجدد وغيره ومن الثاني أم الولد يكون الملك فيها باقيا ولا يتابع ولا يوهب ولا تورث وكذا  
المدر المقاطع عندنا فكل منهما يمكن ان يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم  
بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل  
ولم يتحقق فان الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق باصله مع انه ليس على ظاهره والانه لا يخرج الى مالك آخر  
ثم رأيت غيره بينه بقوله ان تثبت حبيبت أصاها وتصدقت بها أي بالثمرة أو الغلة وظاهره حبسها على ما كان  
فلم يخلص دليل لوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدله المصنف وهو قوله لان الحاجة ماسة الى ان  
يلزم الوقف بفقد لزمه لا غير والحاصل انه ثبت قوله صلى الله عليه وسلم لعمر تصدق وقوله حبس وانفهم ان  
مضى أو يقول بس مؤبد الخ في هذه اللفاظ يصير لازما بالاتفاق (عنه) وهو الموقوف في الاصل) أي في

المبسوط قال في المبسوط فالأبو حنيفة يترجمه الله فكان لا يجب يزول ملكه ثم قال فراده أنه لا يجعله لازما فالأصل

واضح وما عرف به أبو حنيفة  
رحم الله يقتضي أن لا يصح  
الوقف لانه قال والتصدق  
بالمنفعة والتصدق بالمعدوم  
لا يصح وقوله (وهو راجع)  
الى قوله (فلا يجوز الوقف  
أصلا عنده وهو الموقوف في  
الاصل) يعني المبسوط واصله  
نقله بالمعنى لا بعين الغط فان  
لفظ المبسوط فالأبو حنيفة  
فكان لا يميز ذلك ثم قال  
فراده أنه لا يجعله لازما فالأصل  
أصل الجواز ثابت عنده  
كالعارية تصرف المنفعة  
الى جهة الوقف وتبقى العين  
على ملك الواقف فله أن  
يرجع ويجوز بيعه ويورث  
عنه ولا يلزم الا بغير يقين  
فضاء القاضي يلزمه لكونه  
مجتهدا فيه واخرجه بخاري  
الوصية بان يقول أو صيت  
بغلة داري فليثبت يلزم  
وعندهما هو حبس العين  
على حكم ملك الله تعالى  
فيزول ملك الواقف عنه الى  
الله تعالى على وجه تعود  
المنفعة الى العباد فيلزم ولا  
يباع ولا يورث

(قوله واللفظ) أي لفظ

الوقف ينظمهما والترجيع بالدليل له ما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه

حبس العين على ملك الوقف

وما قاله وهو حبس

العين على حكم ملك الله

تعالى انتزاعا واحدا من

غير ترجيع فلا بد من دليل

مخرج ثم ابتداء ببيان دليلهما

بقوله له ما قول النبي صلى

الله عليه وسلم لعمر رضي

الله عنه روي مختصر بن

جويرية عن نافع أن عمر بن

الخطاب رضي الله عنه كانت

له أرض تدعى ثمغ وكانت

تخلو نفيسا فقل عمر يا رسول

الله اني استغدت مالا وهو

عندي نفيس أفأتصدق

به قال تصدق بأصله لا يباع

ولا يوهب ولا يورث ولكن

لينفق من ثمرته فتصدق به

عمر رضي الله عنه في سبيل

الله وفي الرقاب والضيف

والمساكين وابن السبيل

ولذي القربى منه ولا جناح

على من وليه ان يأكل بالمعروف أو يؤكل كل صدقة

له غير متمول عنه وهذه

الأرض كانت سهم عمر رضي

الله عنه يخبر حين قسم

رسول الله صلى الله عليه وسلم

خبر بين أصحابه وبلغ لقب

لهارهي بفتح الهاء المثناة

وسكون الميم والغين المعجمة

وقوله (أدله نظير في الشرع

وهو المسجد) إيمان في

استبعاد أن يخرج من ملك

الوقف ولا تدخل في ملك

غيره فان اتخاذ المسجد لازم

بالاتفاق وهو استخراج لتلك

البقعة من ملك من غير أن تدخل في ملك أحد وليكنها نصيبا من الوقف

واللفظ ينظمهما والترجيع بالدليل له ما قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه حين أراد أن يصدق بأرض له تدعى ثمغ تصدق بأصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف منه

مختلفان لأن معنى تصدق بأصلها ملكه الفقير لله سبحانه ومعنى حبس أحبسه أي على ما كان ولا يمكن أن يراد به ما لا معنى أحدهما والا كان صلى الله عليه وسلم يحبس العمر رضي الله عنه في حادثة واحدة بامر من متنافيين

فأما أن يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه ادلاي قول واحد من الثلاثة تلك الفقير للعين فوجب أن يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول أبي حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك شرعا وإذا حبس عليه شرعا

امتنع بيعه وصوره حكم الحاكم الذي به نزول الملك عنده أن يسلمه إلى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضي فيقضي القاضي بزمومه قالوا فإن خاف الواقف أن يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صدك الوقف

فإن أبطله أو غيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها أوصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لأنه إذا كتب هذا لايخاصم أحد في إبطاله لعدم لغاؤه في ذلك والوصية تحتل التعليق بالشرط وإذا أبطله

قاض يصير وصية يعتبر من جميع له كذا في فتاوى قاضيجان وينبغي أن يكون هذا إذا وقف في محضه أما إذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فذلك يكون في نقضه وبيع فائدة للورثة

فعميل ماذا كذا الم يكن وقف في المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثالث (قوله واللفظ ينظمهما) أي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه إذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت داري أو حبستها آخر وجهها

عن الملك فيصدق مع كل منهما فالترجيع أي ترجيع الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى أن الأدلة المذكورة من قبلهما إنما تفيد لزوم لا الخروج عن الملك ومن قبله تغدي في كل منهما فلا دليل من الجانبين فيفسد تمام

المطالب ثم ابتداء دليلهما أن ذكر حديث ثمغ وهو بالشاء المثناة المفتوحة بعد هاء ميم ساكنة ثم غين معجمة وذ كر الشيخ حافظ الدين أنه بلاثنتين للعلمية والتأنيث وفي غاية البيان أنه في كتب غرائب الحديث المصححة

عند الثقات منونا وغير ممنون يكفي دعوى قال محمد بن الحسن في الأصل أخبرنا خضر بن جويرية عن مولى عبد الله بن عمران عمر بن الخطاب كانت له أرض تدعى ثمغ وقال كان تخلو نفيسا قال فقال يا رسول الله اني استغدت

مالا هو عندي نفيس أفأتصدق به قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي

القربى لا جناح على من وليه ان يأكل بالمعروف أو يؤكل كل صدقة غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين و باقي الكتب الستة عن ابن عمر قال أصاب عمر أرضا يخبر فأبى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أصبت أرضا لم

أصب مالا قط أنفسي منه فكيف تأمرني به قال ان شئت حبست أصلها وتصدق بها فتصدق بها عمر لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب في الفقهاء والقربى والرفاق وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلاة والسلام تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته ثم استدل

بالمعنى وهو قوله ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم الوقف الحاجة إلى أن يصل ثوابه إليه على الدوام وقد أشار الشرع إلى العمل بما يدفع هذه الحاجة في ما روي الترمذي بسنده إلى أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال إذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينفق به وولد صالح يدعوه ولا طريق إلى تحقيق دفع هذه الحاجة وإثبات هذه الصدقة الجارية الا لزومه وتقرير المصنف بأنه تحقق حاجة استمرار وصول ثوابه ويمكن بأصطلاحه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طر يقابل بتحقيق بالحكم

الجواز فتأبى عنده (قوله واللفظ ينظمهما) أي لفظ الوقف والتصدق يتناول ما قاله أبو حنيفة رحمه الله وهو قوله أن الوقف حبس العين على ملك الوقف والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير

عزلة العواري ويتناول أيضا ما قاله وهو حبس العين على حكم ملك الله تعالى وما كان كذلك لم يكن ترجيع أحد المذهبين باللفظ الوقف اذ يتناولهما على السواء فلا بد من ترجيع أحد المذهبين على الآخر بدليل آخر ثم ابتداء ببيان دليلهما له ما قول عليه السلام لعمر رضي الله عنه كانت له أرض تدعى ثمغ بفتح التاء المثناة

ليصل

البقعة من ملك من غير أن تدخل في ملك أحد وليكنها نصيبا من الوقف

المسجد فبجعل كذلك  
المسجد فبجعل كذلك

بلزومه فلم يلزم والملك من هذا المعنى فلا يقدح فيه إخراجنا من الأقوال فيما مضى ثم على تقريرنا يحصل مطالبهم ما لانه اذا تمت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بوجوهنا فثبتنا له ما على ذلك لا اعتقادا لثلاثة وجوههم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع الى مالك وكذا الاتفاق وسبب بالفرق بين المسجد والعق ومطلق الوقف (قوله وله) أي لا ينفق بغيره الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله أسندنا العلم ما في شرح معاني الآثار الى عكرمة بن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما أنزلت سورة النساء وأنزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن لهيعة عن أخيه وضعوهما ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على حديثنا هشيم عن اسمعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من سلاح أو كراع وينبغي أن يكون لهذا الموقف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الا ما عايناه ولا يحل والشعبي أدرك عليا وروايته عنه في البخاري ثابتة وأما حديث شريح فرواه ابن أبي شيبة في البيوع حدثنا وكيع وابن أبي زائدة عن مسعر عن ابن عوف عن شريح قال جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيعتهم الحليس وأخرجهم اليهم في وشر من كبار اتباعه وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل

وسكون الميم وبالغين المجهمة فقال عمر رضي الله عنه يا رسول الله في استغدت مالا وهو عندى نفيس اف اتصدق به فقال عليه السلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولا يكن لبنقة ثم رثته فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله تعالى وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى منه ولا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صدقه قاله غير ممنون عنه وهذه الارض سهم عمر رضي الله عنه بخبر حين قسم رسول الله خيبر بين أصحابه ونفع لقب لها وقد كانت لاملا كهم ألقاب حتى كانت لرسول الله عليه السلام ناقة يقال لها عضباء بغلة يقال لها دابل وفرس يقال لها السكب وحصار يقال له يعفور وعامة تسمى السحابة في هذا دليل على أن من قصد التقرب الى الله تعالى ينبغي أن يختار لذلك أنفوس أمواله وأطيبها وكذا وقف رسول الله عليه السلام حوائط وأوقاف إبراهيم عليه السلام ناقة اليوم وكذا أوقاف الصحابة رضي الله عنهم بمكة والمدينة ولأن الانسان يحتاج الى صدقة دائمة على وجه لا يرد عليه النقص وذاني لزومه وقيل الفتوى على قولهما (قوله) انله نظير في الشرع وهو المسجد) فقالا اتخذا المسجد يلزم بالاتفاق وهو اخراج الملك المنفعة عن ملكه من غير أن يدخل في ملك أحد ولو كانتا غير متبوعة لكانت في الوقف وله قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى أي لا مال يحبس بعدموت المالك عن القسمة بين الورثة وفرائض الله تعالى انصبها الورثة كما قال الله تعالى في رضى من الله قال الشيخ الامام المعروف بخوار زاد رحمه الله والامام العزدي رحمه الله الاستدلال بهذا الحديث ليس بقوي لانه انما يستقيم هذا اذا كان حق الورثة يتعلق بماله فاما اذا كان قبل التعلق فليس كذلك ألا ترى أنه لو تصدق في صحته صدقة منقذة أو وهب فانه لا يجري فيه الارث ولم يكن ذلك حبسا عن ذلك الآن يقال ملكه لم يزل عن الموقوف بدليل أنه يعتبر شرائطه في صرف الغلة ولو زال ملكه عن الرقبة لم يعتبر شرطه التي هي تابعة للرقبة والرقبة قد زالت عن ملكه فعلى هذا يكون حبسا عن فرائض الله تعالى وذكري المبسوط وقال ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما لا حبس عن فرائض الله تعالى ولكنهم يحملون هذا الأمر على ما كان أهل الجاهلية يصنعونه من الجيرة والسائبة والوصية والحامى ويقولون الشرع قد أبطل ذلك كله لئلا نقول النكرة في موضع النفي نعم فيتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الا ما قام عليه دليل وعن شريح رحمه الله جاء محمد عليه السلام يبيع الحليس فهنا بيان أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وأن شريعتنا ناسخة لذلك وطريق الاستدلال بقول شريح رحمه الله أن هذا لا يعلم الا بطريق التوقيف فيحمل على السماع السائبة هي الناقصة التي تسيب للنذر وكن الرجل يقول



ولابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرائض الله أي لا مال يحبس بعد موت صاحبه من القسمة بين ورثته اسكنهم

يحملون هذا الأمر على ما كان عليه أهل الجاهلية من البحيرة والسائبة والوصيلة والحاي وبقولون الشرع أبطل ذلك كله ولكننا نقول النكرة في موضع النفي تم فتناول كل طريق يكون فيه حبس عن الميراث الاما قام عليه دليل وقوله ( جاء محمد يبيع الحبس ) يدل على أن لزوم الوقف كان في شريعة من قبلنا وان شريعتنا نسخته لذلك وقوله ( كالسائبة ) هي الناقة التي تسبب لذو وكان الرجل يقول اذا قلته من سفري أو برئت من مرضي فناقتي سائبة ومعناه أن الوقف بمنزلة تسبب أهل الجاهلية من حيث ان العين لا تخرج من أن تكون مملوكة منتفعا بها فانه لو سبب دابته لم تخرج عن ملكه فكذلك اذا وقف أرضه أو داره وقوله ( بخلاف الاعتاق ) جواب عما يقال لو كان إزالة المالك لا المالك غير مشرووع لما جاز العتق فانه إزالة المالك الثابت في العبد من غير تملك لاحد وقوله ( وبخلاف المسجد ) جواب عن قياسهم الوقف على المسجد

قال المصنف ( والملك فيه للواقف ألا يرى أنه ولاية التصرف ) أقول ومعنى المالك على ما سيجي من الشراح في أول البيوع هو القدرة على التصرف شرعا في المحل ( قوله الاما قام عليه دليل ) أقول كالوصية

ولابي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شرح جاء محمد عليه الصلاة والسلام يبيع الحبس لان المالك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والمالك فيه للواقف ألا ترى أنه ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مزارعها ونصب القوام فيها لأنه يتصدق بمنزلة فصار شبه العارية ولانه يحتاج الى التصديق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن أن يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشرووع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا يجوز الانتفاع به وهو هالم ينقطع حق العبد عنه فلم يصرف خالصا لله تعالى

يخرج به من يخرج بالمرسل ( قوله ولان المالك الخ ) ظاهره مصادرة لجعله الدعوى جزءا لا يسل والاولى انه انما ذكره ليصل الدليل بالدعوى وتقرر برهان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير الواقف وتعاقد حقوق العباد بالعين اثبتون ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما أن يكون ذلك المالك الغير الواقف اوله واتفقا على أنه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب أن يكون ملكا للواقف وكذا الاستيضاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا أن يوجب وجب لا مرد له خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير المالك لم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله أن المسجد جعل لله تعالى على الخلوص محررا عن ان تلك العباد فيه شيئا غير العبادية وما كان كذلك كذا كذا خرج عن ملك الخلق أجمعين أصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوك كان وما كان كذلك ليس كالمسجد فيخلق بالكعبة كما خلق المسجد بهم أو أضافه كونه الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف أن يكون ملكه باقيا لا تصدق بالمالك فاقتضى قيام المالك فاما الاعتاق فالتلف للمملوك بالسكينة وليس الوقف كذلك وجواب شمس الامنة أن لا دمي خلق مال كغير مملوك وان عارض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت لتلك قبل الوقف لا تعود الى أصل هو عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصديق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترناه من عدم الخروج عن ملكه لكن أبا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزوم صدقة أو برا أو ايس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من أم الولد والمسدور والحق ترجح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار تظهر على ذلك قولا كما صرح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى آخره وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر على الامنة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك أولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة أبي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة وأسماء بنت أبي بكر وأسماء بنت حبي وسمية بنت حبي وسعد بن أبي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر وأبي أروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كاهلهم وايات وتوارث الناس أجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على أن معنى حديث شرح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحاي ونحوه وبالجمله فلا يبعد أن يكون اجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متواترا على خلاف قوله فإذا ترجح خلافه

اذا قدمت من سفري أو برأت من مرضي فناقتي سائبة وجعلها كالبحيرة في تحريم الانتفاع يعني أن الوقف بمنزلة تسبب أهل الجاهلية من حيث أنه لا يخرج به العين من أن تكون مملوكة منتفعا بها ولو سبب دابته لم تخرج من ملكه فكذلك اذا وقف أرضه أو داره وقد استبعد محمد رحمه الله قول أبي حنيفة رحمه الله في المبسوط ولهذا سماه محمد كمالا على الناس من غير حجة فقال ما أخذ الناس بقول الصحابة الا بتركهم التمسك على الناس فاذا كانوا هم الذين يمسكهم على الناس غير أنهم ولا قياس لم يقدوا هذه الاشياء ولم يحمد على ما قال وقيل بسبب ذلك انقطع خاطرهم فلم يتمكن من تقرير مسائل الوقف واستسكنوا أصحابه بعده من تقرير مسائل الوقف كالحصاف وهلال وجهه الله ( قوله ولان المالك باق فيه ) يعني دل الدليل على بقاء المالك فيه وهو جواز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك كما ينتفع بالمملوك كان وما للعبد فيه نفع لا يصلح لله تعالى لان ماله لله تعالى يجب أن يكون بوصف الخلوص كالمسجد لم يصار لله تعالى لا ينتفع بشئ من منافع المالك وان كان يصلح لها اذا

وقوله (قال في الكتاب) يعني مختصر القدر لا يزول ملك الوافق الآن بحكمه الحاكم أو يعلقه بموته صورة الحكم أن يسلم الوافق ما وقفه الى المتولي ثم يردان بر جمع عنه فينازعه بعد الزوم فيختصم ان الى القاضي فيقضي (١٢٣) بلزوم وقوله (والصحيح انه لا يزول ملكه) يعني أن المشايخ

اختلقوا على قول أبي حنيفة فقيل يزول الملك بالتعلق بالموت لانه وقت خروج الاملاك عن ملكه فالتعلق به يدل على أن مراده الخروج من الملك وقيل لا يزول وهو الصحيح لان الوافق تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال أصل الملك ولاه تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصديق بها هكذا اذا بقي أصل الموقوف على ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبد فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبد فيلزم موتها بالحق وهو الصحيح لان الوصية بالمنافع مؤبد فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما الحكم فحقه اختلاف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة وعندهما يلزم الا أنه يعتبر

قال رضي الله عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الوافق الآن بحكمه الحاكم أو يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضا في حجة تدفيعه أمان في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا أنه تصدق بمنافعه مؤبد فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبد فيلزم (وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلة اذ لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله أن يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوفاة والوقف لا يقبل التعليق بالشرط ولذا قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقعت أرضي الى آخره فبان لم تصر وقفه انه أن يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلها وقفاً فإنه يجوز لانه تعليق التوكيل لالتعليق الوقف نفسه وهذا لان الوفاة بمنزلة تعليق الملك الموقوف عليه والتعليق لا يتعلق بالشرط ومن محمد رحمه الله في السير الكبير ان الوقف اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باطلاً ايضا عند أبي حنيفة وعلى ما عرفت بان حجة اذا أضيف الى ما بعد الموت يكون باعتبار وصية قالوا وقال دارى هذه موقوف على مصالح مسجد كذا بعد موتى صحيح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية والوصية يصح الرجوع عنها ألو قال ان قدم ولدى فعلى ان أقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاة به فان وقف على ولده وغيره من لا يجوز دفعه زكاته اليهم لا زنى الحكم ونذره بان وان وقعه على غيرهم سقط لان غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المعطى له النذر لقصور الثابت النذر بالوقف فجاز على كل من ليس بنفسه فان قلت ينبغي أن لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه واجب فانه يجب أن يتخذ الامام للمسلمين مسجداً من بيت المال أو من ماله ثم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شئت ثم قال شئت كان باطلاً للتعليق ألو قال شئت وجعلته صدقة صحيح هذا الكلام المتصل بخلافه لو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر انما كانت في ملكه وقت التكليف فانه يصير وقفه لانه تعليق على أمر كائن والتعليق على أمر كائن تمييز والمراد بالحاكم يعني في قوله أو يحكمه الحاكم القاضي وأما الحكم فحقه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يرجع الخلاف فلقاضي أن يبطل الوقف بعد حكمه (قوله ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت) حتى يلزم بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة الا أن يحكم به فله بيعه وورثه عنه اذا مات قبل الحكم الا أن تميز لورثته وعندهما يلزم الا أنه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي فتاوى فاضل خان مريض وقف عليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كولو وقف دار ثم جاء الشفيع كان له أن يأخذها بالشفيعه وينقض الوقف

ظهر أن الملك فيه باق وجب أن يبقى على ملكه ضروره وهذا بقى دوابه وتديره بعده في نصب القيم وتوزيع الغلة واعتبر شرائطه ولو خرج عن ملكه لم يصح شرطه في الغلة كالأعتق عبده بشرط أن يصرف ثلثه الى كذا أو جعل أرضه مسجداً بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان ومروهم بما يحول على الوقف المضاف الى ما بعد الموت (قوله الا أن يحكمه الحاكم) وصورة حكم الحاكم كما ذكر في فتاوى فاضل خان رحمه الله وهي أن يسلم لواقف ما وقفه الى المتولي ثم يردان بر جمع عنه فنازعه به لعدم الزوم فيختصم ان الى القاضي فيقضي الحاكم كزوم مدافع كمر جلا حكم بينهما بلزوم الوقف اختلافه والصحيح أن يحكم الحاكم لا يرتفع الخلاف والقاضي أن يعطاه (قوله والمراد بالحاكم المولى) أي الذي ولاه الخليفة عمل القضاء وأما الحكم فهو

بعد الموت) يعني يلزم الوقف حينئذ على قول أبي حنيفة بخلاف الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روى محمد عن أبي حنيفة ان ذلك لا يجوز منه في مرضه كما لا يجوز

في صحته ثم قال وهو الصحيح على أصوله وقال المصنف والصحيح انه لا يلزم عند أبي حنيفة لان المبائنة في المرض ولا يمنع الارث كالمارية وعندهما يلزم الا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال

من الثالث والوقف في العهدة من جميع المال وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتراف لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لانه حق الله تعالى وانما ثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التملك من الله تعالى وهو مال الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعها لغيره فبأخذ حكمه فينزله منزلة الزكاة والصدقة قال (وإذا صح الوقف على اختلافهم) وفي بعض النسخ وإذا استحق مكان قوله إذا صح (خرج من ملك الوقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه) لانه لو دخل في

انتهى من غير تعييد يكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف مال الوقف المدون الصحيح وعليه دون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه أو باب المدون اذا كان قبل الجز بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته (قوله) وإذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند أبي يوسف وهو قول الأئمة الثلاثة وقول أكثر أهل العلم لانه اسقاط الملك كاعتق وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولى لان للواقف أن يجعله لله فيصير حقه له وانما ثبت مسلم في ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تملك لله تعالى (والتمليك منه وهو مال الجميع الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعاً لغيره فبأخذ حكمه فينزله منزلة الزكاة والصدقة) المنجزة ولا يخفى ان التملك لله تعالى لا يتحقق لام مقصودا ولا تبعاً لانه تحصيل الحاصل المستثمر لا موجب لا اعتبار به حتى يحتاج الى تكلف توجهه لان غاية ما يوجهه الدليل اما خروج الملك عند الوقف لا الى أحد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه أو توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج من عهدة الواجب كاهو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتباراً آخر نعم يمكن أن يلاحظ التسليم الى المستحق تسليم اليه تعالى كانه تعالى جعله نائبه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولى كالزكاة ويمكن أن لا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود ليس الا فعل ما وجب بالوقف فلذا كان قول أبي يوسف أو وجهه عند المحققين وفي المنسبة الفتوى على قول أبي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ وأما البخاريون فآخذوا بقوله فخرج من عهدة الله كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي أبو عاصم يقول قول أبي يوسف من حيث المعنى أقوى الا انه قال وقول محمد أقرب الى موافقة الناس يعني ما روي أن رجلاً جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورد في المبسوط بانه لا يلزم كونه فعله ليم اوقف بل لشغله وخوف التصغير في أمره وكذا جميع من ينصب المتولين لا يخطر له غير تقريره بنفسه من أمره وأما قول محمد رحمه الله لو تم قبل التسليم الى المتولى صارت يد الواقف مستحقة عليه والتسبرع لا يصلح سبباً للاستحقاق على المتبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج ما في يده بوجوب عليه استحقاق يده كعتق العبد اسكائن في يده المستحق له والناظر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها بوجوب عليه اخراج أحداهما من يده وهذه أمور شرعية لا عقلية ومما ينبغي على هذا الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولا ولادة وأخرجه من يده وسلمه الى متول فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرائط الوقف ولولم بشرط ذلك لنفسه وأخرجه من يده الى قيم قال محمد ولا ولاية للقيم وكذا الوماث وله وصي فلا ولا يتلوصيه والولاية للقيم ولها أراء الواقف أن يعزل القيم ويرده لغيره أو يولي غيره ليس له ذلك وقال أبو يوسف الولاية للواقف وله أن يعزل القيم في حياته أو يولي غيره أو برد النظر الى نفسه وإذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عند وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند أبي يوسف بدون التسليم الى القيم يتم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيله وله أن يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيماً في حياته وبعد موته وكذا يثبت عليه مالوقال هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد (قوله) وإذا صح الوقف خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه

(قوله) وقد يكون تبعاً لغيره (فبأخذ حكمه) أي يثبت التملك من الله تعالى ضمناً للتمليك من غير الله تعالى وان كان لا يثبت التملك من الله تعالى قصداً فبأخذ التملك من الله تعالى حكم التملك من غير حتى يشترط فيه التسليم والقبض (قوله) فينزله منزلة الزكاة والصدقة يعني ينزل التملك من الله تعالى في الوقف في ضمن التسليم الى العبد منزلة تملك المال من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التملك منه في ضمن التسليم الى الفقير قال (وإذا صح الوقف على اختلافهم) أي اذا صح الوقف على ما يختلف فيه المشايخ من حيث انه يصح عندهما ولا يصح عند أبي حنيفة على ما هو المأخوذ في الاصل والاصح العهدة عند الكل خرج عن ملك الواقف يعني على قول أبي يوسف ومحمد ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملكه جازاه اخراجه ولما انتقل الى من بعده من شرطه الواقف لكن ليس كذلك باتفاق وقوله

الذي فوض اليه الحكم في حادثته معينة باتفاق المتخصصين (قوله) لا يتحقق مقصودا) وانما يتحقق ضمناً كما في الزكاة تكون ملكاً لله تعالى بواسطة كون المال ملكاً للفقير وهنا أيضاً يكون لله تعالى بواسطة قبض المتولى (قوله) وإذا صح الوقف على اختلافهم) خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه

(يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقرر به) اعترض عليه بأنه ذكر قبل هذا النزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم وهذا الاستثناء إنما يحتاج إليه على قول أبي حنيفة في حق زوال الوقف عن ملك الواقف وأما على قولهما فإن الملك يزول بدون حكم الحاكم ثم الدليل الصحيح يقتضي عدم جواز الخروج عن الملك لأن الخروج يقتضي أن لا يصح شرطه في صرف الغلة كما إذا اعتق عبده بشرط أن يصرف غلته إلى كذا أو جعل أرضه مسجدًا بشرط أن يصلى فيه فلان دون فلان فإن التصرف في غير ملكه غير صحيح والجواب عن الأول إنما ذكره في الكتاب ههنا إنما هو في الصحة وما ذكره قبل هذا إنما هو في لزوم الصحة لا تستلزم لزوم فساد القول بخروج الوقف عن ملك الواقف إذا صح الوقف قولهما لا قول أبي حنيفة إلا إذا حكم به الحاكم فإنه حينئذ يكون خروج الوقف عن ملك الواقف قول الكل سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى الزوم ولكن لا يلزم من الزوم الخروج عن ملك الواقف عند أبي حنيفة لأن الوقف عنده معرف بحسب العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وذلك يمنع عن الخروج ولا يملكه ومن الثاني بان خروج الملك إلى الله تعالى قربة لا يمنع التصرف فيه ممن خرج عنه (٤٢٥) ألا ترى أن القربان نصير بالارافة إلى الله تعالى ثم إن صاحبه يتصرف

ففيه بالاكل والاطعام  
وأن تصدق به بتولية الشرع  
لكونه المتقرب به بخزان  
يكون أمر الواقف كذلك  
بخلاف العبد فإنه يصير  
مالكا لمنفعة فلا يعمل فيه  
تصرف غيره وأما المسجد  
فالأصل الكعبة والمسجد  
الحرام قسما سواء العاكف  
والباد فسلمنا أن الله تعالى لم  
يول القسيس إلى الذي  
جعل له مسجدا وإنما جعله  
بالمسجد الحرام والكعبة  
(قوله لأن القسمة من تمام  
القبض) فإنه أن القبض  
للخيار والخيار في قبض  
انما هي بالقسمة (قوله  
ووقف المشاع جائز عند  
أبي يوسف) لا خلاف بينهما  
أن القسمة فيما يقسم من  
تمام القبض وإنما الخلاف  
بينهما في أن أصل القبض  
شرط أولا عند أبي يوسف  
ليس بشرط فكذا إنما هو عند

ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ به كسائر أملاكه ولا يملكه لولا ملكه لما انتقل عنه بشرط المسالك  
الاول كسائر أملاكه قال رضي الله عنه قوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي  
سبق تقرر به قال (ووقف المشاع جائز عند أبي يوسف) لأن القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس  
بشرط فكذا انتهت وقال محمد لا يجوز لأن أصل القبض عند شرط فكذا ما يبره وهذا فيما يحتمل القسمة وأما  
فما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد أيضا لأنه يعتبر بالهبة

ملك الموقوف عليه) وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول من الشافعي وأجدانه يدخل في ملك الموقوف  
عليه إذا كان أهلا للملك الآتية لا يباع ولا يملك والمختار الاول لأنه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المسالك  
الذي هو الواقف لأنه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للإجماع على صحة قوله ثم من بعد فلان على كذا ثم قال المصنف  
وقوله أي القدوري (خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما) لأن الصحة غير الزوم وهو لم يقل إذا لزم  
خروج عن ملك الواقف ليكون على قول الكل بل قال إذا صح وصحة العقل تستلزم لزوم بل تختلف باختلاف  
أحكام العقود فقد يكون عقد حكمه الزوم كالبيع والأجرة وقد يكون حكمه غير الزوم كالعارية والظاهر  
أنه تجوز بالصحة عن الزوم (قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف) وعند محمد لا يجوز والخلاف مبني على  
الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع (لأن القسمة من تمام القبض) ولا بد  
من القبض فوجب وعند أبي يوسف لا يشترط قبض المتولى فيشترط ما هو من تمامه فمن أخذ بقول أبي  
يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ الخ أخذ بقوله في هذه ومن أخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ

ذكر بعد هذا أن قوله خرج من ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقرر به فعلى هذا  
يكون صحيح بمعنى ثبت لا بمعنى لزم لأن عند أبي حنيفة تفرجه الله تعالى إذا لزم بحكم الحاكم كما يخرج من ملك الواقف فلا  
يبقى للخصيص بقولهما فائدة أما إذا جعل صحيح بمعنى لزم أي بحكم الحاكم كما عند أبي حنيفة تفرجه الله تعالى أو  
بتعليقه بالمرتبة بمجرد القول عند أبي يوسف وجهه أنه وبالسليم إلى المتولى عند محمد رحمه الله تعالى وإلى هذا  
أشار بقوله على اختلافهم خرج من ملك الواقف بالإجماع وبديل عليه قوله في أول الكتاب قال أبو حنيفة تفرجه  
الله لا نزول ملك الواقف إلا أن يحكم به الحاكم أو بعلقه بوجهه بقى ههنا شك وهو أن في تعليقه بوجهه  
يلزم ولا نزول ملك الواقف قلنا زال عن الوقف بعد الزوم وملكه الذي كان قبله إذا الملك هو المطلق الخارج ولم

(٥٤ - فتح القدور والكفاية - خامس) محمد شرط فكذا تمامه وأما فيما لا يقسم فمحمد أيضا يجوز ويعتبره كالهبة والصدقة

قال المصنف (وقوله خرج عن ملك الواقف يجب أن يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقرر به) أقول يجوز أن يكون المراد بالصحة  
المستقرة بقربه الاطلاق فإن ما هو على شرف الزوال كأنه ليس موجودا بقرينة النسخة الأخرى فإن الاستصحاب بعد الصحة المستقرة فيكون  
ذلك قول أبي حنيفة أيضا فليست نامل (قوله سلمنا أن الصحة ههنا بمعنى الزوم) أقول فيه نامل اد حينئذ يشكل أمر الاستثناء بقوله الآن يحكم به  
حاكم كمالا يخفى (قوله وذلك يمنع عن الخروج لا محالة) أقول لا نسلم ذلك فإنه يجوز أن يكون المعروف هو المعنى المصدرى أعني أحداث الوقف  
وانشاءه أو يكون المعروف هو حقيقة الوقف بدون خالطة أمر آخر من حكم الحاكم فليست نامل (قوله وعن الثاني بان خروج الملك الخ) أقول فيه  
بحث فانهم عرفوا الملك بالقدرة على التصرف في المثل شرعا فلو صح ما ذكره لانتقض تقرر الملك ويجوز أن يجاب بجلا حلة قوله بتولية  
الشرع بان يراد بالقدرة الأصلية لا القدرة المستفادة كقدرة الوكيل بالبيع ونحوه

والصدقة المنغذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوخ فيما لا يحتمل القسمة أيضا عند أبي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيها في غاية القبح بان يقرب فيه الموتى سنة و زرع سنة ويصلى فيه في وقت ويخذ اصلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق

بخاري أخذ بقوله في وقف المشاع وأما الحاق بمجدرجه الله بالهبة والصدقة (المنغذة) أي المنجزة في الحال فانها لا تكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة ففرق أبو يوسف بان اشتراط القبض في تملك لما فيها من التملك للغير وأما الوقف فليس فيه تملك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بالتملك فلا مرد العتق والطلاق فلا مر جبلا اشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما أن يحتمل القسمة أو لا يحتملها ففيها يحتملها أجاز أبو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والحن والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها اتفقوا على اجارة وقفه الا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا أو مقبرة مطلقا أي سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشترطه أبو يوسف أجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوخ وان لم يمنع من التسليم والقبض إلا ترى أن الشائع كان مقبوضا لما لكه قبل أن يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله تعالى عند امكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فانه يمكن أن يقسم أولا ثم يقفه وانما أسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فالتنازع كالبيت الصغير والحمام فاكفى بتحقق التسليم في الجملة وانما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لان الشيوخ يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة لانه يحتاج فيه الى التهايو والنهايو وفيه يؤدي الى أمر مستعجل وهو أن يكون المكان مسجدا سنة واصطبل للدواب سنة ومقبرة عاملا ومزرعة عاملا وأما النباش فليس يلزم من المهاياة بل ليس للشرية ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضي بحقه وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند أبي حنيفة ويتهايون وعندهما يقسم وأجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الابواب وأرادوا القسمة لا يجوز وكذا التهايو وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم باعياهم أو ولده ونسله ما تناسلوا فاذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط واذا انقرضوا تكرر وتوضع غلتها للمساكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى أن يكرهوا ولورزادت على قدر حاجة سكناء نعم له الاعارة لا غير ولو كثر اولاد هذا الواقف وولد ونسله حتى ضاقت عليهم الدار ليس لهم الاسكانها تقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا وأنثانا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكر ان يسكنوا نساءهم معهم وللاناث أن تسكن أزواجهن معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم أن تقسم بينهم ولا يقع فيها مهاياة انما سكناء لمن جعل له الواقف ذلك لا غيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الا حرم موضعا يكفيه لا يستوجب أجره حصته على الساكن بل ان أحب أن يسكن معي في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج ان كان لاحدهم ذلك والآخر المتضيق وخرج أو جلسوا معا كل في بقعة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشروح والفرع في أوقاف الخصاص ولم يخالفه أحد فيما علمت وكيف يخاف وقد نقلاوا اجاعهم على الاصل المذكور ولو اقتسموا عني الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء أو قبله على قول أبي يوسف فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه أن يقفه نائبا (قوله ولو وقف الكل ثم استحق

يبق ذلك ولكنه في حكم ملكه لضرورة ان يصل اليه ثواب غلة دائما فعلى هذا يزول الملك بالاجاع ولا يحتاج الى التخصيص بقوله ما وقوله على اختلافهم لا يلزم التخصيص (قوله والصدقة المنغذة) أي الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهي المملوكة اجترز به عن الصدقة الموقوفة وهي التي نحن فيها فان الوقف صدقة أيضا لكن ليست بمخالصة لعدم التملك من الفقراء ويحتمل أن يحتج بالمنغذة عن الصدقة الموصى بها فانها تجوز في الشائع (قوله الا في المسجد والمقبرة) استثناء من قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف رحمه الله (قوله فانه لا يتم مع الشيوخ فيما لا يحتمل القسمة) بان كان الموضوع صغيرا يصلح لما أراد الواقف وحاصل ذلك ان

المنغذة أي الصدقة الخاصة المسلمة الى الفقير وهو احتراز عن الصدقة الموقوفة وهي فيما نحن فيه (قوله الا في المسجد والمقبرة) استثناء من قوله وقف المشاع جائز عند أبي يوسف فانه لا يتم مع الشيوخ فيما لا يحتمل القسمة بان كان الموضوع صغيرا يصلح لما أراد الواقف من اتخاذ المسجد والمقبرة على تقدير القسمة والحاصل ان جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا ولا بعدها أما قبلها فان بقاء الشركة يمنع الخلوص على ما سيجيء وأما بعدها فلان فرض المسئلة فيما اذا كان الوضع غير صالح لذلك لصغره فبقي أن يكون بطريق المهاياة والمهاياة فيها في غاية القبح الخ ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر

قال (ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع مثل أن يقول على كذا وكذا ثم على فقراء المسلمين حيثما وجدوا مثلاً وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع مثل أن يقف على أولاده وعلى أمهات أولاده جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهم أن موجب الوقف زال الملك بدون التملك يعني لا إلى مالك وكل ما كان زال الملك (٤٢٧) بدون التملك فإنه يتأبد كالعقود فوجب

الوقف يتأبد وإذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه أي على الوقف مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلاً لأنه يناقض موجب كالتوقيت في البيع

قبل في كلام المصنف رحمه الله تناقض على قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه ذكر

في أول كتاب الوقف أن الوقف

عنده حبس العين على ملك

الوقف فكان موجب عدم

زال الملك عن الوقف ثم

قال هنامو جبره زال الملك

وأجيب بأن هذا قول

محمود رواية عن أبي حنيفة

والمدكور في أول الكتاب

هو قول أبي حنيفة في رواية

عنه أخرى فيكون عنه في

المسئلة روايتان وقيل

أراد هناما إذا حكم الحاكم

ببعض الوقف وزومه فثبت

بمخرج الوقف عن ملك

الوقف بالاتفاق وهذا أوفق

وأقول هذا ليس بمناسبتنا

تقدم من قول المصنف يجب

أن يكون قولهما على الوجه

الذي سبق تقريره ولا ي

يوسف أن المقصود من

أوقف هو التقرب إلى الله

تعالى وهو موفر عليه فيما إذا

جعل على جهة تنقطع لأن

التقرب إلى الله تعالى لا يورث

الصرف إلى جهة تنقطع

جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشروع مقارن كإي الهبة بخلاف ما إذا جع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعدموت المريض وقدموه أو أوقفه وفي مرضه في المال ضيق لان الشروع في ذلك طارئ ولو استحق جزء غير معين لم يبطل في الباقي لعدم الشروع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبداً وقال أبو يوسف إذا سمي فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم

جزء منه) يعني شائعا (بطل الوقف عند محمد رحمه الله) لان بالاستحقاق ظهران الشروع كان مقارنا (لوقف) (كإي الهبة) إذا وهب السكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف مال وهب السكل (ثم رجع الواهب في البعض أو رجع الوارث في الثلثين بعدموت المريض) الذي وقف في مرضه السكل ولا يخرج من الثالث فإنه لا يبطل الباقي لان الشروع طار وأبطل الوقف في الباقي رجع إلى الواقف ولو كان حيا وإلى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعدموته وليس على الواقف أن يبيع ذلك ويشترى بثمنه ما يجعله وقفا (ولو كان المستحق جزءا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشروع) فلماذا جاز في الابتداء أن يقف ذلك الباقي فقط (وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة) لو استحق منها جزء شائع بطلت ولو استحق معين لا يبطل ولو كانت الأرض بين رجلين فوقها على بعض الوجوه ودفعها إلى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المنع من تمام الصدقة شيوخ في المحل المتصدق به ولا شيوخ هنالان السكل صدقة غايية الأمر أن ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في السكل وجد جلة واحدة فهو كولو تصدق به رجل واحد سواء بخلاف مال ووقف كل منهما تصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لأنهما صدقتان فان كلاً منهما تصدق بنصيبه بعبارة على حدة ألا ترى أنه جعل لنصيبه والباقي حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة أيضا لا يجوز حتى لو تصدق بنفسها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لان قبض كل منهما على جزء شائع فكذلك قبض الواليين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعل الوالي واحدا فلهما إليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا) كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف مال ووقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه (وقال أبو يوسف إذا سمي جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم) هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف على أبي يوسف بقوله

جعل المسجد والمقبرة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة لا يجوز أصلا لا قبل القسمة وهو حال كونه مشاعا لأنه يمنع الخلو ولا بعد القسمة لأنه لا يصلح لما أريد به من اتخاذ المسجد والمقبرة لصغره لان الكلام فيه فلا يكون مسجد ولا مقبرة وأما الوقف في الشائع الذي لا يحتمل القسمة فيجوز بالاتفاق أما عند أبي يوسف رحمه الله فالشروع غير مانع أصلا وأما عند محمد رحمه الله فيجوز فيما لا يحتمل القسمة أصلا حله لما أراد الواقف فان الانتفاع بالشائع ممكن إما بطريق المباشرة أو بطريق الاستغلال وقسمة الغلة وأما المسجد والمقبرة في مثل هذا الموضع يؤدي إلى أمر قبيح بأن تعتبر الموقوفة فيه سنة ويزرع سنو يصلى فيه في وقت ويقتضاه مطلب في وقت بخلاف الوقف وعلى هذا الصدقة المملوكة والهبة يعني لو استحق جزء شائع من الهبة والصدقة المملوكة تبطل الهبة والصدقة لأنه بالاستحقاق تبين أن الهبة لاقت الشائع وفي استحقاق معين لا يبطل لان عدم الشروع كما في الوقف (قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى) حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا

قال المصنف (لهما ان موجب الوقف زال الملك) أقول أنت خير بان هذا لا يستقيم على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه جوابه مذكور في الشروح (قوله وقيل أراد هناما إذا حكم الحاكم بعبارة الوقف وزومه إلى آخره) أقول فبسه أنه إذا حكم الحاكم بعبارة الوقف وزومه فيما إذا سمي جهة تنقطع ينبغي أن يتم الوقف لصدقة تحكمه محال مجتهد فيه فليست أم قال المصنف (ولا ي يوسف رحمه الله تعالى عليه) أقول تأخير دليل أبي



لهمان موجب الوقف زوال الملك بدون التملك وأنه يتأبد كالتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلالا كالتوقيت في البيع ولا يوجب ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب ناوة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقبل ان التأيد شرط بالاجماع الا ان عند أبي يوسف لا يشترط ذكر التأيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عما ينبتانه ازالة الملك بدون التملك كالتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة وذلك قد يكون موقفا وقد يكون مؤبدا فطلقا لا ينصرف الى التأيد فلا بد من التنصيص

(ان موجب الوقف) يعني بعد التسليم الى المتولى عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند أبي حنيفة (زوال الملك بلا تملك) (وزواله يتأبد بعق) واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه (ولهذا كان التوقيت مبطلالا) كمال وقف عشر من سنة لا يصح انفا قال انه انما يلزمه لو قال يجوز انقطاعه وعوده الى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة أو الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا انقطعت صار للفقراء ثم قل القدر روى انما هو على ما ذكره المصنف ثابتا عنه من التأيد حديث قال (وقيل ان التأيد شرط بالاجماع الآن) بأبي يوسف لا يشترط ذكر التأيد لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عما ينبتانه ازالة الملك كالتق) وعند محمد ما يشترط قال المصنف (وهذا هو الصحيح) وعند محمد ذكر التأيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة) ان كان وقف للسكنى (أو بالغلة) ان لم يكن ذكر السكنى (وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فطلقا لا ينصرف الى المؤبد) بعينه (فلا بد من التنصيص) عليه فكان الاولى ان يولى هذين الوجهين لمناقضته من عبارة القدر روى ثم يذ كر الى رواية اخرى ويذكر دليلهما الاول فاما الوجه الاول فانما يناسب الرواية عن أبي يوسف بانه بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف أو ذريته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند أبي يوسف فنهما في المسوط فيما اذا تصدق على أمهات أولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته وأى امرأة تزوجت منهن أو خرجت منتقلة الى غيره فلاحق لهما في السكنى ونصيبهما مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لهن في الغلة انى قال وان لم يحج من بقى منهن كان معبرنا على فراغ الله تعالى عند أبي يوسف لما ينبتانه يتوسع في أمر الوقف فلا يشترط التأيد واشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجته الموقوف عليه لا يغتور موجب العقد عنده فاما عند محمد رحمه الله التأيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الآن يجعل ذلك وصية عند موته فيجوز كالوصية لعلوم بسكنى داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز ان يلزمه يعود الى الورثة اذا سقط حق الموصي له ومن ذلك ما نقل للناطقي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن أبي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى واذا عرف عن أبي يوسف جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشر من سنة بالجواز لانه لا فرق أصلا ومنها ما ذكر في البرامكة قال أبو يوسف اذا انقض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فصل عنه وايتان وأما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت أو خرجت منتقلة عنه فلا يحق لهما فصح فلو طلقها تزوجها أو مات أو عادت بعد

يعني الى الفقراء فانهم لا ينقطعون وهذا التفريق عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه على قول من يرى لزومه كما في المزارعة دليل أنه قال في التعليل لهما أن موجب الوقف زوال الملك والمالك لا يزل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه (قوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بدون التملك) ايس هذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ولكن هذا مذهبهم كما فيكون هذا تعليل لمحمد رحمه الله تعالى عليه على أصلهما فيكون جهة على أبي يوسف رحمه الله (قوله وعند محمد رحمه الله ذكر التأيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة) ليس هذا قول محمد رحمه الله وانما هو قول أبي حنيفة رحمه الله لان حكم الوقف عنده حبس العين على ملكه والتصدق

وأخرى الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وعلى هذا لو انقطعت الجهة عاد الوقف الى ملكه ان كان خيا والى ملك ورثته ان كان ميتا وقاتل أن يقول هذا التعليل غير مطابق لما ذكره عن أبي يوسف لانه قال وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وذلك يدل على أن التأيد شرط والجواب أن المروى عن أبي يوسف أمران أحدهما أنه لا يشترط التأيد أصلا والثاني أنه يشترط لكن لا يشترط ذكره باللسان والمصنف أشار الى القول الاول بالتعليل والى الثاني بذكر المذهب واستدل عليه بقوله وقيل ان التأيد شرط بالاجماع الخ وفي كلامه تعقيد لا يحل

يوسف يدل على أن قوله هو المختار (قوله والجواب أن المروى الخ) أقول هذا مما يهيم في كثير من المواضع



قال (ويجوز وقف العقار) لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) قال رضي الله عنه وهذا على الارسل قول أبي حنيفة

ما انقلت لا يرجع لهما ما كان لهما في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها بأحد هذه الصفات فلا يعود الا أن ينسحب على ذلك فيقول فان عادت أو فارت عادما كان لها (قوله ويجوز وقف العقار) وهو الارض مبنية كانت أو غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعاً فيكون وقفاً معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضيان تدخل الأشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استغساناً لان الارض لا توقف الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت ماء أو ثلأ أو كالو ردوا لراحين ولو قال وقفها بحقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف أيضاً ولكن في الاستحسان يلزم التصديق به على وجه التذلل لما قال صدقة موقوفة بجميع ما فيها ومنها أفقد تكلم بما يجب التصديق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل لا يقطع في سنة والحاصل أن كل شجر يقطع في سنة فهو الوقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وما بقى سرقينه ووراده لا يدخل مسبل ما في أرض ملوكة أو طريق وقوله (لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين وقفوه) قد مرنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسأهم وقفوا أو ساندوا ما ذكره في وقف الخصاص ومنها ما تقدم من وقف عمرو بن عبد الله عن أرضه ثم خرج إبراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير بن العوام رضي الله عنه وقف داره على المردودة من بناته قال والمردودة هي المطلقة والفارقة التي مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً وجعلها لابن السبيل صدقة وأخرج الحاکم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الأرقم المخزومي أنه كان يقول أنا ابن سبع الاسلام أسلم أبي سبع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام فأسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسميت دار الاسلام وتصدق بها الأرقم على ولده وذكر أن نسخة صدقة بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الأرقم الى أن قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافات للبيهقي قال أبو بكر عبد الله بن الزبير الجدي تصدق أبو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بداره بالمدينة و بداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضي الله عنه بركة من الطائف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرني كثير وهذا كله مما يستدل به على أبي حنيفة في عدم إجازته الوقف \* (فرع) إذا كانت الدار مشهورة معروفة وصح وقفها وان لم تحدد استغناء لشهر ثم اعن تحديدها \* (فرع آخر) وقف عقار على مسجد أو مدرسة هيأ مكاناً للبناء قبل أن يبنيهما المختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها الى الفقراء الى أن تبني فإذا بنيت ردت اليها الغلة أخذ من الوقف على أولاد فلان ولأولاده حكموا بصحة وتصرف غلته للفقراء الى أن يولد فلان (قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) كما قال القنوري قال المصنف رحمه الله (وهذا على الأرسال) أي على الإطلاق (قول أبي حنيفة رحمه الله) ثم قال

وقوله (وهذا على الأرسال) أي ما ذكره القنوري من قوله (ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول) على الإطلاق مقصوداً أو تبعاً كراعاة أو غيره تعاملاً أو نسبة أو لا قول أبي حنيفة والاكثرة جمعاً كل وهو الزراع كأنهم جمعاً آكر تقديرها

بالثمرة المدومة وعند همار وال العين الى الله تعالى فيصير محبوباً في ملك الله تعالى على أن تصل منفعة الى العباد فيكون التصديق بالمنفعة ثابتاً في ضمن ازالة العين الى الله تعالى واعلم مراد محمد رحمه الله في قوله هذا صدقة بالمنفعة أو بالغلة أنه إخراج المالك الى الله تعالى على وجه يكون تصديقاً بالمنفعة والغلة فالصالح أن أبي يوسف رحمه الله ضيق أولاً كل التصديق كما قال أبو حنيفة رحمه الله ثم جمع عنده وسع كل التوسع ويحمد رحمه الله توسط بينهما فلهذا أفتى عامة المشايخ بقول محمد رحمه الله (قوله ولا يجوز وقف ما ينقل) أي من مكان الى مكان ويحول أي يغير من هيئة الى هيئة أو هماً مرادفان (قوله وهذا الأرسال) أي الإطلاق سواء كان بطريق

(وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة بقرها أو كرتها أو هم عبده جاز) وكذا سائر آلات الخرافة لانه تبسح للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد ثبت من الحكم تبعا لما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيسح والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا أولى (وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح) ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بيناه من قبل وجه الاستحسان الا تمار المشهوره فيه منها قوله عليه الصلاة والسلام وأما خالفه فقد حبس أدرعا وافر اساله في سبيل الله تعالى وطلحة حبس دروعه في سبيل الله تعالى

القدوري (وقال أبو يوسف إذا وقف ضيعة بقرها أو كرتها أو هم عبده جاز) والاكراة الخرافون (وكذا آلات الخرافة) اذا كانت تبعا للارض يجوز (لانها تبسح للارض في تحصيل ما هو المقصود) منها (وقد ثبت من الحكم تبعا لما لا يثبت مقصودا كبيع (الشرب) والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا وهذا كثير مستغن عن العد ولو مرض بعضهم فاعتزل عن العمل ان كان الوقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح به انتهى في مال الوقف والالتفاتة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فلا قيم ان يبيع من عجز وبشترى بثمنه آخر يعمل كالموت فاحذر ديت عليه ان يشتري بها آخر ولو جنى أحدهم جناية فعلى القيم أن ينظر فان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه أو فداه فداه من مال الوقف واذا انداء بعديه تزيد على أرض الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لاهل الوقف من الدفع والغداء شي فان فدوه كانوا متطوعين (ومحمد مع أبي يوسف فيه) يعني فلامعنى لافراد أبي يوسف (لانه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده) أي عند محمد رحمه الله فخير بزه تبعا للعقار أولى وضيمر لانه للسان أmaal الوقف ضيعة فيها بقر وعبيده ولم يذكرهم فانه لا يدخل شي من الآلات والبقر والمعبود في الوقف قال المصنف (وقال محمد يجوز حبس الكراع) وهي الخيل (والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وأبو يوسف معه) أي اضافي ذلك (على ما قالوا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لما بيناه من قبل) من شرط التأييد والمنقول لا يتأيد (وجه الاستحسان الا تمار المشهورة فيه) أي في الكراع والسلاح منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن أبي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فنع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا أن كان فقيرا فاغناه الله وأما خالد فانكم تظلمون خالد اوقدا حبس أدرعة وأعتده في سبيل الله وأما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي على ومثلها ثم قال أما شعرت ان عم الرجل صنوايه وأما ما ذكر المصنف من أن طلحة حبس دروعه وفي رواية أدرعه وأعتده فلم يعرف وكذا لم يعرف جمعه على الكراع لان فعلا لا يجمع على افعال بل على أفعال كعقاب وأعقب وانما ذكره في الصحاح صغيتي جمع قال فالجمع أكرع ثم أكرع الآن الطبراني أخرج عن ابن المبارك حدثنا جاد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن أبي وائل قال لما حضرت خالد ابن الوليد الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي الا أن أموت على فراشي ومامن عمل أرحى عندي من لاله الا الله وأما متترس ثم قال اذا نامت فانظر واسلحي وفرسي فاجعله عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه مامن عمل أرحى عندي بعد لاله الا الله من ليلة بنتها وأما متترس والسماء تخلى ننظر الصبح حتى تغير على الكراع واذا عرف هذا فالابل تدخل في حكمه بالدلالة لان العرب يغزون عليها مع أنه روى ان أم معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله واني أريد الحج فأركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبه فان الحج والعمره من سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعا للعقار يجوز وأما وقفه مقصودا ان كان كراعا أو سلاحا جاز وفيما سوي ذلك ان كان بمال مجر التعامل بوقفه كالشباب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وان كان متعارفا كالجنائز والقاس والقدم وثياب الجنائز وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال أبو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الغناوى اقتاضين وقف التبعية أو القصد (قوله والقياس ان لا يجوز لما بيناه) من قبل أن التأييد شرط فيه والتأييد لا يقتضي

وقوله (والبناء في الوقف) أي في وقف الارض التي عليها ذلك البناء كوقف الخانات والرباطات وقوله (لانه لما جاز افراد بعض المنقول) يعني من غير أن يجعل تبعا لشيء كما في المتعارف مثل القاس والقدم والمراجل (عنده) أي عند محمد (فلان يجوز الوقف) أي وقف المنقول (تبعا أولى) والمراد بالكراع هنا هو الخيل لمناسبة ذكر السلاح وقوله (لما بيناه من قبل) يعني ما مران من شرطه التأييد والتأييد لا يقتضي في المنقول والمراجل قدور النحاس

قال المصنف (والبناء في الوقف) أقول فيه نوع مصادرة لان البناء مما ينقل تأمل في جوابه فان تبعية البناء أقوى قال المصنف (فلان يجوز الوقف فيه تبعا أولى) أقول هذا فيما فيه تعامل مسلم وأما مطلقا فلا تدبر

(قوله يعني ما مران من شرطه التأييد والتأييد لا يقتضي في المنقول) أقول وفيه تأمل كتب وجهه في الجواب عن دليل الشافعي على ما يجيء

وبروي أكر اعنو الكراع الخليل ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالغاس والمر والقدر والمشار والجنابة وثيابها والقدر والمراجل والمصاحف وعند أبي يوسف لا يجوز لأن القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليهم ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل كافي الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الخاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح لأن كل واحد يسكن للدين تعليمها وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الامصار على قول محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وفعه وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله

وقوله (الحاقا لها بالمصاحف) يعني أن وقف المصاحف صحيح فكذا الكتب ذكر في فتاوى قاضيان اختلف المشايخ في وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث وعليه الفتوى وقوله (كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله) احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يمكن بهما مع بقاء أصله في ملكه

بناء بدون أرض قال لعل لا يجوز انتهى لكن في الخصاص ما يفيد أن الأرض اذا كانت متوفرة للاحتكار جاز فانه قال في رجل وقف بناء دار له دون الأرض انه لا يجوز قيل له فاستقول في حوائث السوق ان وقف رجل حائوا منها قال ان كانت الأرض اجارة في أيدي القوم الذين بنوها لا يخبر جههم السلطان عنها فالوقف جائز لان رأيناها في أيدي أصحاب البناء يتوارثونها وتقسيم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعمهم عنها وانما غلة يأخذونها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها ويؤاجرونها وتجوز فيها وصاياهم ويهدمون بناءها ويبنون غيره فافاد أن ما كان مثل ذلك جاز وقف البنين فيه والا فلا رد كفي موضع آخر في فتاوى قاضيان اذا بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناءها مبرأنا ثم ذكر أنه انما يخص البناء بذلك لان العادة أن تحتل على جنبتي النهر العام وذلك غير مملوك ثم قال وهذا المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الأصل ثم نقل عن الأصل ان وقف البناء بدون أصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء في أرض هي عارية أو اجارة وان كانت مملوكا لوقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان البناء في أرض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الأرض وقفها كذا في الكلي في الفتاوى واطلاق الاجارة يعارض قول الخصاص في أرض الحكور اللهم الا أن يجعل تخصيصها بسبب أنها صارت كالاملاك على ما ذكره وسعته وفي الخلاصة اذا وقف مسجد على أهل المسجد لقراءة القرآن ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع آخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد وأما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه أبو جعفر يجيزه وبه تأخذ وجه قول أبي يوسف أن القياس ياباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه (ومحمد رحمه الله يقول القياس ينزل بالتعامل كافي الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعلى قول محمد أكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا) وقال الشافعي رحمه الله كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء أصله ويجوز بيعه ويجوز وقفه وهذا قول مالك وأحمد أيضا وأما وقف ما لا يتنفع به الا بالاتلاف كالذهب والفضة وما كوال والمشر وبفغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وليس بحلي وأما الحلي فيصح وقفه عند أحمد والشافعي لأن حفصة رضي الله عنها ابتاعت حليا بعشرين ألفا فبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته وعن أحمد لا يصح وقفه وأنكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضه المصنف بان حكم الوقف الشرعي التأبسد ولا يتأبد غير العقار غير أنه ترك في الجهاد لانه سنم الدين فكان معنى القر بتفهما أقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيها شرعية فيما هو دونها ولا يلحق دلالة أيضا لانه ليس في معناها واذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ اشياء من المنقول على ما ذكره محمد لارأ ومن حريان التعامل فيها في الخلاصة وقف ترة على ان ما يخرج من لبنها وسمها يعطى لآبناء السبيل قال ان كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم

في المنقول (قوله وقف كتابه) الخاقا لها بالمصاحف وهذا صحيح وفي فتاوى قاضيان رحمه الله اختلف المشايخ في وقف الكتب جوزه الفقيه أبو الليث رحمه الله وعليه الفتوى (قوله مع بقاء أصله) احتراز عن الدراهم والدنانير فان الانتفاع الذي خلقت الدراهم والدنانير لاجله وهو الثمنية لا يمكن بهما مع بقاء أصله في

وقوله (و يجوز بيعه) احتراز عن حمل النافذة والجارية فإنه لا يجوز بيعه فكذا وقفه عنده أيضا ولنا أن الوقف في المنقول لا يتأبد وهو ظاهر  
وملا يتأبد لا يجوز وقفه لأن التأييد لا بد منه على ما بيناه فصار المنقولات كالدراهم والدنانير وقوله (بخلاف العقار) جواب عن اعتباره بالعقار  
وقوله (ولامعارض من حيث السمع) جواب عن قوله فاشبه الكراع والسلاح وجهه أن الأصل أن لا يجوز وقف الكراع والسلاح  
أيضا كالدراهم إلا ما تركناه معارض (١٣٢) راجع من حيث السمع وقوله (ولان حيث التعامل) جواب عما يقال ترك

الأصل في الكراع والسلاح معارض من حيث السمع وهو ليس بوجود في المراحل والقدم وغيرهما فلتكن صورة النزاع مقيسة على ذلك وجهه أن له ما معارضا من حيث التعامل وليس بوجود في صورة النزاع كالعبد والاماء والنياب والوسط وأمثالها فبقى على أصل القياس وقوله (وهذا) استظهار على أن الحاق غير العقار والكراع والسلاح بهما غير جائز لأن غيرهما لقوتهما ليس في معناهما ولم يذكر التعامل اعتمادا على شهرة كون التعامل أقوى من القياس فجاز أن يترك به قال (وإذا صح الوقف لم يجوز بيعه) أي إذا

و يجوز بيعه بوقفه لأنه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا أن الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقى على أصل القياس وهذا لأن العقار يتأبد والجهد سنام الدين فكان معنى القر بهما أقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال (وإذا صح الوقف لم يجوز بيعه ولا تملكه رجوت أن يكون حائرا وعن الأنصاري وكان من أصحاب زفر بن وقف الدراهم أو الطعام أو ما يكال أو ما يوزن أو يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة قال فعلى هذا القياس إذا وقف هذا الكرم من الحنطة على شرط أن يقرض الفقراء الذين لا بذلهم ليزرعوه لا أنفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدأ على هذا السبيل يجب أن يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنيا وندولا كسبية وأسترة الموتى إذا وقف صدقة أبدأ جاز قد دفع الا كسبية للفقراء فينتفعون بها في أوقات لبسها ولو وقف ثور الانزاع قره لا يصح ثم إذا عرف جواز وقف الفرس والجل في سبيل الله فلو وقفه على ابن عسكه مادام حيا ان أمسكه للجهد جاز له ذلك لأنه لو لم يشترط كان له ذلك لأن الجمل فرس السبيل أن يجاهد عليه وان أراد أن ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني بطل الشرط ويصح وقفه ولا يجر فرس السبيل الا اذا احتج الى نفقته فيؤجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه دلائل على ان المسجد اذا احتاج الى نفقة يؤجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه اه وهذا عند غير صحيح لأنه يعود الى القبح الذي لاجله استثنى أبو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو أن يتخذ مسجدا يصلى فيه عاما أو صلبا يربط فيه الدواب عاما ولو قيل انما يؤجر غير ذلك فنقول غايته ما يكون للسكنى ويستلزم جواز الجماعة فيه واقامة الحائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤجر ذلك فكل عمل يؤجر له فيه تغيير أحكامه الشرعية ولا شك ان باحتياجه الى النفقة لا تتغير أحكامه الشرعية ولا يخرج به عن أن يكون مسجدا ثم ان خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند مسجدا خلافا لابي يوسف وأما الم يمكن كذلك فوجب عيارته من بيت المال لأنه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة أيضا يجوز وقف الغلمان والحواري على مصالح الرباط واذار وج السلطان أو القاضي جارية الوقف يجوز ولوز وج عبد الوقف لا يجوز والعرق طاهر وهو ان في الاول اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا الورج أمه الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن فروع وقف المنقول وقف دار فيها حمامات يخرج من ويرجع يدخل في وقفه الحمامات الاصلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع النيران وسئل أبو بكر عن وقف شجرة بأصلها والشجرة مما ينتفع بأوراقها وثمراتها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا يقطع أصلها الا ان تفسد أو أصنافها فان لم ينتفع بأوراقها وثمراتها قطع وبصرف ثمنها الى سبيله فان نبت ثانيا والاعراس مكانها وسئل أبو القاسم الصغار عن شجرة وقف يابس بعضها بقي بعضها فقال ما يابس منها فسيده سبيل غلتها وما بقي متروك على حالها (قوله وإذا صح الوقف) أي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري وإذا صح الوقف خرج عن ملك الوقف ثم قوله (لم يجوز بيعه ولا تملكه) هو ملكه (قوله ويجوز بيعه) احتراز عن أم الولد فإنه لا يجوز وقفه (قوله ولا معارض من حيث السمع)

من قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بأصلها لا تباع ولا توهب وما ذكره من المعنى بقوله ولان الحاجة تناسخ الخ قال المصنف (ولا بد منه على ما بيناه) أقول اللازم من الدليل هو تأبد الوقف مدة بقائه المروقوف وذلك موجود في محل النزاع أيضا فليتامل (قوله استثناء من قوله لم يجوز بيعه الخ) أقول بل من قوله ولا تملكه كما يدل عليه أول كلام المصنف نعم يفهم من آخر كونه استثناء من المجموع والامر سهل

وقوله (وأما جواز القسمه)  
فظاهر وقوله (فهو الذي  
يقاسم) أى الواقف هو  
الذي يقاسم شريكه  
للقاضى وقوله (خالص)  
صفة عقار أى لو كان له  
عقار متفرع وهو خالص  
له لا شركة لغيره فيه فوق  
منه خمس ذراعا وجب  
أن يكون القاسم ههنا غير  
الواقف لئلا يلزم أن يكون  
الشخص الواحد مطالبا  
ومطالبا فان مقاسم النصف  
الذى هو الواقف مطالب  
من مالك النصف الذى هو  
غيره وقف ومالك النصف  
مطالب وهو الواقف بعينه  
المقاسم لنصف الوقف  
فكان مطالب ومطالبا وهو  
لا يجوز فيرفع أمره الى  
القاضى ليقاسمه أو يبيع  
نصيبه الباقي من رجل ثم  
يقاسم المشتري ثم يشتري  
ذلك منه ولو كان فى القسمه  
فضل دراهم بان كان أحد  
النصيبين أجود فدعت  
الضرورة الى ادخال الدراهم  
فى القسمه أو تراعى على ذلك  
فان ادخل الدراهم فى القسمه  
لا يجوز الا للضرورة أو بالتراضى  
على ما سأتى فى كتاب القسمه  
ان شاء الله تعالى فلا يخلو ما  
أن يكون الواقف يأخذ  
الدراهم أو يعطيه فان كان  
الأول لم يجز له يعطى بمقابله  
الدراهم شيئا من الوقف  
وبيع الوقف لا يجوز وان  
كان الثانى جاز لانه حينئذ  
يشتري شيئا بمقابله الدراهم  
وبعته وهو جاز

الآن يكون مشاعا عند أى يوسف فيطلب الشريك القسمه فيصح مقاسمته) أما امتناع التملك فلما بينا  
وأما جواز القسمه فلانها غير متغير واقرار غاية الامر ان الغالب فى غير المكمل والموزون معنى المبادله الآن فى  
الوقف جعلنا الغالب معنى الاقرار نظرا للوقف فلم تكن يباعا عليك كما ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو  
الذى يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذى يقاسمه  
القاضى أو يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز أن يكون  
متناسما ومقاسما ولو كان فى القسمه فضل دراهم ان أعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان أعطى  
الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء

باجاع الفقهاء (الآن يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمه عند أى يوسف فيصح مقاسمته) أما امتناع  
التملك فلما بينا) من قوله عليه الصلاة والسلام تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو  
ان الحاجة ماسة الى آخره ولانه بالزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يمكن من البيع (وأما جواز  
القسمه) أى عندهما فان على قول أى خيفة لا يجوز وان قضى القاضى بعهدة وقف المشاع لانها مبادله  
ومعنى المبادله هو الراجح فى غير التملك (فلانها غير متغير) معنى (واقرار غاية الامر ان الغالب فى غير المكمل  
والموزون معنى المبادله الان فى الوقف جعلنا الغالب معنى الاقرار نظرا للوقف فلم تكن يباعا عليك كما ان  
وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذى يقاسم شريكه لان الولاية للواقف) عند أى يوسف وقف المشاع  
انما يجوز على قوله (و) لطلب الشريك القسمه (بعده موه) فالقسمه (الى وصيه وان وقف نصف  
عقار خالص له) للقسمه طريقان أحدهما أن (يقاسمه القاضى) بان يرفع الامر اليه و يطلب منه  
القسمه فيأمر رجلا أن يقاسمه (الثانى أن يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري  
ذلك منه) ان أحب وهذا (لان الواحد لا يصلح أن يكون مقاسما ومقاسما ولو كان فى القسمه فضل  
دراهم) بان كان أحد النصفين أجود من الآخر فجعل بازا له الجوده دراهم فان كان الاخذ للدراهم هو  
الواقف بان كان النصف الذى هو غير الوقف هو الاحسن لا يجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف ويبيع  
الوقف لا يجوز وان كان الاخذ شريكه بان كان النصيب الوقف أحسن جاز لان الواقف مشترك بائع  
فكانه اشتري بعض نصيب شريكه فوقه فقوله (ان أعطى الواقف لا يجوز) يصح على بناءه للمفعول ورفع  
الواقف ويصح على بناءه للمفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيه ما انه أخذ الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع فى  
غير القسمه فيما اذا كان فائضا امرا أما اذا ندم ولا حاصل له يعمر به فيجوز لانه رجع الى ملك الواقف ان  
كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وقال الصدر الشهيد فى جنس هذه المسائل نظريعى لان الوقف بعد ما خرج  
الى الله تعالى لا يعود الى ملك الواقف وانت تعلم ان قول محمد بن جوعه الى ملك الواقف أولى من قوله فى المسجد  
لان خلوصه لله تعالى أقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك بشرط العائده وقد تحقق انتفاؤها اذا لم يكن له ربح  
يعاديه ولا يوجد من يستأجره فيعمره ومن ذلك ما تواتر احتراق فى السوق وصار بحيث لا ينفع به ولا يستأجر

والقياس فى المنقول أن لا يصح وقفه لان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد من التأبيد الآن السمع عارض القياس فى  
البعض كفى الكراع والسلاح حيث وردت الا نارا المشهوره وفى البعض عارض القياس التعامل كفى  
القاس والمرو والقنوم والقنور والمراجىل فبقى الباقي كالشباب والبسط والعبس والاماء قصد اعلى  
القياس اذ لا معارض فيها من حيث السمع والتعامل (قوله الا أن يكون مشاعا) الغالب جهة المبادله فى  
القسمه اذا كانت فى غير التملك فيكون معنى البيع فيصح الاستثناء من قوله لم يجز بيعه (قوله ولو كان  
فى القسمه فضل دراهم) اعلم ان ادخال الدراهم فى القسمه لا يجوز الا بتراضيه أو وقت الضرورة فى ادخالها بان  
وقع البناء فى أحد النصفين أو كان أحد النصفين أجود فحينئذ يجوز أن تعطى الدراهم من وقع البناء نصيبه  
أو وقع نصيبه أجود فبما روى عن أى خيفة رحمه الله على ما يحى فى كتاب القسمه ان شاء الله تعالى (قوله  
ان أعطى الواقف لا يجوز) أى ان أعطى المشتري الواقف لا يجوز لان المشتري يأخذ بمقابله الدراهم شيئا من

قال (والواجب ان يتبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف أو لم يشترط) لان قصد الواقف حرف الغلة مؤيداً ولا يتيق دائماً إلا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاءً ولان الخراج بالضممان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان على الموصى له بها ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم وأقرب أموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه مؤخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حال حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه

البتة وحوض محلة خرب وصار بحيث لا يمكن عمارته فهو لا واقف ولو ورثته فان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطعة كذا في الخلاصة وإذا في فتاوى الخاصي اذا كان كالمقطعة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع به ثم يبيعه على هذا فانما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروى عن محمد اذا ضعفت الارض عن الاستغلال وبجد القيم بثمنها أخرى هي أكثر ريعا كان له أن يبيها ويشتري بثمنها ما هو أكثر ريعا أو ما قول طائفة من المشايخ فيما اذا خاف المتولي على الوقف من وارث أو سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعه أو يتصدق بثمنها قال وكذلك كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا لا تغتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة بعمارة الدار بل تكرى الدار ويستعان بنفس الجوز على العمارة ثم اذا جاز بيع الاشجار الموقوفة لا يجوز قبل القطع بل بعده هكذا عن الفضلي في الاشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لانها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالثمرة كذا قيل والوجه يقتضي اذا تعين البيع كونه قبل الهدم دفعا لزيادة مؤنة الهدم الا أن تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات أبي بكر بن حامد أجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصره اذا استغنوا عنه (قوله والواجب أن يتبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك أو لم يشترط) لان الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤيدا وذلك (بصرف الغلة مؤيدا) ولا يمكن ذلك بعمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاءً ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط أن رفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج والبذر وأرزاق الولاة عليها والعمالة وأجور الحراس والحصادين والدراسين لان حصول منفعتها في كل وقت لا يتحقق الا بدفع هذه المؤن من رأس الغلة قال شمس الأمت وذلك وان كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه الى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صكه يقع الامن بالشرط قال المصنف (ولان الخراج بالضممان) أي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والادابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء أي لكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضممان المستغل وروى أبو عبيد في كتابه غريب الحديث عن مروان الغزاري عن ابن أبي ذئب عن محمد بن أبي خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى أن الخراج بالضممان قال أبو عبيد معناه والله أعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجديه عبيدا كان عند البائع فقضى أنه رد العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده اهـ ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم وفي معناه الغرم بالغرم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله (وصار) أي عمارة الوقف (كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها) تكون (على الموصى له بها) (قوله ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم) لا يتصور ان يلزموا لعدم اجتماعهم وعسرهم (وأقرب أموالهم هذه الغلة) الكائنة للوقف (فتجب) العمارة فيها (قوله وان كان الوقف على رجل بعينه) أو رجال (وأخره للفقراء فهو في ماله أي مال شاء في حياته) فاذا مات فن الغلة (ولا يؤخذ من الغلة) عينا (لانه) رجل (معين يمكن مطالبته) ثم هو يعطى ان شاء من الغلة وان شاء من

الوقف فيصير الواقف بائعا للوقف في ذلك القدر فلا يجوز ما اذا أعطى الواقف فضل الدراهم المشتري جاز

وقوله (لان الخراج بالضممان) هذا لفظ الحديث وهو من جوامع الكلم ولا حازه معاني جهة جرى مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة ومعناه ههنا ان غلة الوقف لما كانت للموقوف عليهم كانت العمارة عليهم أيضا ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم أي لا يفوز المتولي بهم لعدم تعيينهم وعسرهم وأقرب أموالهم الى المتولي هذه الغلة فتجب فيها وقوله (ولو كان الوقف على رجل بعينه) ظاهر وقوله (ولا يؤخذ من الغلة) يعني حتما لانه قال فهو في ماله أي مال شاء وهذه الغلة أي ضامن ماله فلم يقيد بذلك تناقض

بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقعه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانهم باصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمسحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخر يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة بقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال (فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له سكنى) لان الخراج بالضمان على ما مر فصار كصفة العبد الموصى بخدمته (فان امتنع من ذلك او كان فقيرا اجرها الحاكوم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى من له السكنى) لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول أولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزاولة

غيره ثم العمارة المسحقة عليه انما هي (بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقف عليها) فاما الزيادة فليست بمسحقة) فلا تصرف في العمارة (البرضاء ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض) أى لا يتراد على الصفة التي كان عليها (وعند آخرين يجوز ذلك) أى الزيادة (والاول اصح) لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتج اليها وتقطع الجهات الموقوفة عليها لها ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم وأما الناظر فان كان المشروط له من الواقف فهو كاحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الآن يعمل كالفاعل والبناء ونحوهما فباخذ قدر آخره وان لم يعمل لا يباخذ شيئا قال الامام فخر الدين قاضى خان رجل وقف ضيعته على مواليه ومات فجعل القاضى الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها الى القيم وأحبب هذه الطاحونة بقرضهمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يباخذها باخذها الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل اه فهذا عندنا فحين لم يشروط له الواقف شيئا اما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم (قوله فان وقف دارا على سكنى ولده) أو غير ولده (فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان ومصار كالعبد الموصى بخدمته فاذا امتنع من ذلك أو كان فقيرا اجرها الحاكوم وعمرها باجرتها) ثم ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى (لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا والاول) وهو العمارة (أولى) من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين المصلحتين أول من ابطال احدهما (ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من الزام الضرر) اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في (المزاولة) وبيننا

لان الواقف حينئذ يصير مشترا ياشيا بمقابلته الدرهم وواقف ذلك الشيء الذي اشتراه فيصير (قوله ولان الخراج بالضمان) هذا في الاصل لفظ الحديث وهو من جوامع الحكم ومعناه الغرم باراء الغنم من تولي حارها وتولي قارها ولهذا جرى لفظ الحديث مجرى المثل واستعمل في مضره بمقابلته منفعة ثم المراد من الخراج ما يخرج من النفع من ملك انسان كغلة الارض والغلام والمراد من الضمان المؤنة أى كل من كان له منفعة شيء كان عليه مضرة فمكأن معنى قوله الخراج بالضمان منفعة الغلة لك بسبب ان ضمنته وقبل معناه أن يشتري العبد فيستغله ثم يجده عيبا فانه رده والغلة له لانه لو مات كان في ضمانه ولاجل هذا الخبر نقض عمر بن العزيز قضاءه بالغلة للبائع (قوله وعندنا لا آخرين يجوز ذلك) اعتبروا بما اذا كانت الارض الموقوفة على الفقراء متصلة ببيوت المصر يرغب في استجار بيوتها وتكون غلة ذلك فوق غلة الارض كان للقيم أن يبنى بيوتها ويؤجرها لان الاستغلال به ذا الوجه يكون أنفع للفقراء ومنهم من قال ليس للقيم صرف الغلة الى زيادة العمارة ولهذا ليس له أن يشتري بالغلة دارا أخرى ليضمها الى زيادة الى الوقف وأما تلك المسئلة فببناء البيوت ليس من باب الزيادة وانما ذلك تبدل جهة الاستغلال بجهة هي خير من الاول فالستغل واحد والجهتان في مختلفتان والثانية خير من الاولى فكان ذلك بمنزلة الزيادة كذا في وقف هلال رحمه الله (قوله والاول اصح) وهو أن يكون البناء الثاني مثل الاول لازنا على الاول (قوله والاول أولى) وهو اجارة الحاكوم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من

كلامه وقوله (ولو كان الوقف على الفقراء) يعني لا على رجل بعينه فكذلك عند البعض أى لا تصرف غلة الوقف الى زيادة عمارة لم تكن في ابتداء الوقف بل تصرف الى الفقراء وعند آخرين يجوز ذلك والاول وهو أن يكون البناء الثاني مثل الاول لازنا على عليه أصح لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وان وقف دارا على سكنى ولده) ظاهر وقوله (والاول أولى) يريد به اجارة الحاكوم وعمارتها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى والثاني هو تولد العمارة واستفيد ذلك بقوله لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى أصلا



فلا يكون امتناعه رضامنه بطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحالك في عسرة الوقف وان احتاج اليه ان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها) لانه لا بد من العماره ليبقى على التأيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا أمسكها حتى لا يمتد عليه ذلك أو ان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعاده عينه الى موضعه يبيع وصرف ثمنه الى المرممة صرفا للبذل الى مصرف المبدل (ولا يجوز ان يقسمه) يعني النقص (بين مستحق الوقف) لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى

من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه لذلك ثم لا يكون امتناعه رضامنه بطلان حقه لان امتناعه في حيز التردد) يعني دالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه مترد فيها الجواز كون امتناعه لعدم القدر على العماره أو لرجائه اصطلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه (و) انما قال أجزاها الحالك لانه لا يصح اجارة من له السكنى (وعليه بقوله) لانه غير مالك (وفي تقريره قولنا أحدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل أبيع له الانتفاع وهذا ضعيف فان الموقوف عليه السكنى ان يعبر الدار والاعارة تملك المنافع بالمعوض والمستأجر في وقف الخصاص والا تخوانه ليس بمالك العين والاجارة تنوقف عليه لانها يسع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ما يكملها كفاها فاقبت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي أن لا يصح اجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وأن لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كذا كرنا فاذلوا أن يقال لانه تلك المنافع لا يبدل فلم يملكها ببدل وهو الاجارة والمالك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه الذي قبله يفيد أن لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة أيضا ليس له أن يؤجر لانه ليس بمالك العين فلا يمكن اقامته العين مقام منافعتها ليرد عليه عقد الاجارة بل مالم يكن من المنافع لا يبدل ونص الاستروشي انه رأى في المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما تلك الاجارة المتولى أو القاضي ونقل عن الفقيه أبي جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يستمر تجوز اجارته وهذا في الدور والحواريات وأما الاراضي فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه أن يؤجر وان لم بشرط ذلك فيجب أن يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا وان لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدى الى أن تصير نقضا على الارض كرماد تسفوه الرياح وخطري انه يجبره القاضي بين أن يغيرها فيستوفي منفعتها وبين أن يردّها الى ورثة الواقف (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) وهو بالجبر كالخشب والقصب وقديم عطفها على ماصرفه الحالك في عسرة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج اليه وأنت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عماره ذلك القدر فلا

له السكنى لان فيه رعاية الحقيق والثاني ترك العماره لان فيه فوت الحقيق (قوله ولا يكون امتناعه رضامنه) هذا جواب من يقول انه لما امتنع عن العماره فقد رضى ببطلان حقه فلا يجب رعاية حقه فاذا هجرها القاضي ينبغي أن لا يرد عليه فاجاب رحمه الله بان الرضا في حيز التردد لاحتمال أنه انما امتنع اعتمادا على أن القاضي اذا عرها ردها عليه أو لان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون لنقصان ماله في الحال (قوله لانه غير مالك) والاجارة تملك المنافع بعوض والتمليك لا يتحقق من غير المالك فان قيل المستأجر لا يملك الدار ومع ذلك كان له أن يؤجرها من آخر للسكنى وكذلك في كل عمل لا يختلف باختلاف المستعمل قلنا هناك ملك المستأجر المنفعة وهنا أبيع المنفعة للموقوف عليه ليكون ثواب باحة المنفعة راجعا الى الواقف حتى لم تقم هنا عين الوقف مقام المنفعة في ابتداء الوقف لانه لا يلزم تملك المنافع المعدومة بخلاف الاجارة حيث أقيمت الدار مقام المنفعة وقت الاجارة لثلا يلزم تملك المنافع المعدومة فلم يملكها في الاجارة ملك أيضا (قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته) أي آلة البناء كالخشب وغير ذلك النقص بضم

وقوله (في حيز التردد) بيانه ان الامتناع يحتمل أن يكون لبطلان حقه ويحتمل أن يكون نقصان ماله في الحال ولرجائه اصلاح القاضي وعمارته ثم رده اليه وقوله (ولا تصح اجارة من له السكنى) اضافة المصدر الى فاعله وهذا لان الاجارة تملك المنافع بعوض ولا تملك من غير المالك ومن له السكنى ليس بمالك ونقص بالمستأجر فان له أن يؤجر الدار وليس بمالكها وأجيب بانه مالك المنفعة ولهذا أقيمت العين في ابتداء العقد مقام المنفعة لثلا يلزم تملك المنفعة المعدومة ومن له السكنى أبيع له المنفعة ولهذا لم تقم العين مقام المنفعة في ابتداء الوقف ولا يلزم من جواز تملك المالك جواز تملك غيره قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته) قال صاحب النهاية قوله وآلته يحتمل أن يكون يجر وروا بالعطف على البناء يعني ما انهدم من آلة الوقف بان بلى خشب الوقف وفسد ويحتمل أن يكون مرفوعا بالعطف على ما الموصولة وهو المنقول عن الثقات لانه لا يقال انهدمت الآلة والنقص بضم النون البناء المنقوض وفي الصحاح ذكره بكسر النون لا غير

(الصحيح) أقول: الف لرواية السكتب المذ كورة (قوله لان اشتراطه لهم في حياته) أقول ذكر الضمير في قوله لهم تغليباً لئلا يذ كور على الاناث

يوسف فكذلك يجوز اشتراط صرف الغلة الى (٤٣٨) نفسه انتهاء بواسطة اشتراط صرف الغلة الى أمهات أولاده ومديره وجهه قول محمد بن

وجه قول محمد بن وجه الله ان الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه فاشترطه البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفقة بشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولا يبي يوسف ما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القرية على ما بيناه فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ماصار مملوكا لله تعالى لنفسه لأنه يجعل ملك لنفسه وهو هذا جائز كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة بشرط أن ينزله أو يشرب منه أو يدفن فيه ولان مقصوده القرية وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

شرط الغلة لأمهات أولاده ومديره ماداموا أحياء فاذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جارياً فيها على ما يحكمه المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لأمهات أولاده ومديره بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتمتة وفتاوى قاضخان فان السكك جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد بن وجه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولا أمهات أولاده حيث يجوز مع أن شرطه لهن وللمديره كشرطه لنفسه بان حر يتم ثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم حالة حياته تبعاً لما بعد موته كما قال أبو حنيفة في أصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد وفاتي يلزم أمالو وقف على عبيده وأما ما لا يجوز عند محمد لانهم لا يعتقون بموته فلا تبعيته ويجوز عند أبي يوسف كشرطه لنفسه (وجه قول محمد بن وجه الله أن الوقف تبرع على وجه التملك) للغلة أو للسكنى (فاشترط البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفقة) بان تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه لى لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن ثلماً كما على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذلك في الصدقة الموقوفة (وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه) (ينظر ولا يبي يوسف ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط) فان الاجماع على أن الوقف اذا لم بشرطه لنفسه الاكل منها لا يحل له أن يأكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف الا في مصنف ابن أبي شيبة حدثنا ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه قال ألم تر أن حجر المدري أخبرني قال ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم بأكل منها أهلها بالمعروف وغير المنكر (ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ماصار مملوكا لله تعالى لنفسه لأنه يجعل ملك لنفسه) كذا قررره المصنف وعلى ما سلف لنا في اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد بن يحيى أن يقره هكذا الموقوف ازالة الملك للكان بالعين واسقاطه لى الى مالك ابتغاء مرضاة الله تعالى على وجه يعتد به بشرطه الغير المنافي للقرية والشرع بشرط المنفعة على نفسه منه لا ينافي ذلك (كما اذا بنى خاناً أو سقاية أو مقبرة بشرط أن يشرب منها أو مقبرة بشرط أن يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة) (روي معنى هذا الحديث من طرق

أو كلها لنفسه في حياته جاز فلامهات أولاده وأولى وانما الاشكال على قول محمد بن وجه الله فانه لا يجوز أن يشترط ذلك لنفسه واشترطه لأمهات أولاده في حياته بمنزلة الاشتراط لنفسه ولكنه يجوز ذلك استحساناً للعرف ولانه لا بد من تصحيح هذا الشرط لهن لانهم يعتقون بموته فاشترطه لهن كاشترطه لساير الاجانب فيجوز ذلك في حياته أيضاً تبعاً لما بعد الوفاة كما قال أبو حنيفة فترحمه الله في أصل الوقف اذا قال في حياتي وبعد مماتي يتعلق به الزوم (قوله ان الوقف تبرع على وجه التملك) أى التملك من الله تعالى بالطريق الذي قدمناه اشارة الى قوله لا بد من التسليم الى المتولي لان التملك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصوداً وقد يكون تبعاً لغيره (قوله فصار كالصدقة المنفقة) أى سلم قدراً من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه من ملكه فان الصدقة بهذا الشرط لا تجوز (قوله بشرط بالجر) بان يجعل بعض المسجد لنفسه فهو مانع للجواز في الكل (قوله فقد جعل ماصار مملوكا لله تعالى لنفسه كافي الصلوات والحشيش وسائر المباحات) واذا

الوقف تبرع على وجه التملك بالطريق الذي قدمناه أى بطريق التقرب الى الله تعالى فاشترطه البعض أو البعض لنفسه يبطله لان التملك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفقة فانه لا يجوز ان يسلم قدراً من ماله للفقير على وجه الصدقة بشرط أن يكون بعضه له بشرط بعض بقعة المسجد لنفسه فقوله بشرط بالجر عطفاً على قوله كالصدقة المنفقة ومعناه أن يجعل بعض المسجد لنفسه كان ما عان الجواز في الكل فكذلك اذا جعل بعض الغلة لنفسه وقوله (ولا يبي يوسف ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته) ذكر الحديث شيخ الاسلام في مبسوطه والمراد منه الصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منه الا بالشرط بالاجماع فدل على صحته وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكره عند قوله ولا يتم الوقف عند أبي حنيفة ومحمد حتى يجعل آخره الى جهة لا تنقطع أبداً بقوله لهما أن موجب الوقف زوال الملك بنون التملك والى قوله ولا يبي يوسف أن المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان الوقف قال المصنف (وجه قول محمد بن وجه الله عليه

ولو

ان الوقف تبرع على وجه التملك) أقول فيه نوع مخالف للما سبق من أن موجب الوقف زوال الملك

يكون التملك وما قاله الشارحون من أن في الوقف باحثة المنفعة لامتلاكه كما سبق في الدرس السابق وجوابه ان المنفعة غير العلة

ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز عند أبي يوسف وعند محمد والوقف جائز والشرط باطل

أزالة الملك إلى الله تعالى  
على وجه القرية ولو شرط  
الواقف أن يستبدل به أرضاً  
أخرى إذا شاء ذلك جاز  
عند أبي يوسف كجهو  
مذهب في التوسع في  
الوقف وعند محمد والوقف  
جائز والشرط باطل لأن  
هذا الشرط لا يؤثر في المنع  
من زواله والوقف يتم بذلك  
ولا ينعقد به معنى التأييد  
في أصل الوقف فيتم الوقف  
بشرط وطريق الاستبدال  
شرطاً فاسداً فيكون باطلاً  
في نفسه كالمسجد إذا شرط  
الاستبدال به أو شرط أن  
يصل فيه قوم دون قوم  
فالشرط باطل واتخاذ المسجد  
معج فهذا مثله

كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث المقدم بن معديكر بن عنه عليه الصلاة والسلام قال ما من كسب الرجل كسباً طيباً من عمل يده وما أنفق الرجل على نفسه وأهله وولده وخادمه فهو صدقة وأخرجه الناس عن بقية عن بغير بلغظ ما طعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث وأخرج ابن حبان في صحيحه عن أبي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال أما رجل كسب ما لا حلالاً فاطعمه نفسه أو كسبها فمن دونه من خالق الله تعالى فإنه زكاة ورواه الحاكم الأئمة قال فإنه له زكاة وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه وأخرج الحاكم أيضاً والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما أنفق الرجل على نفسه وأهله فهو صدقة وما وفي به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معني وفي به عرضه قال أن يعطى الشاعر وإذا اللسان المتقي وقال صحيح الإسناد وأخرج الطبراني عن أبي امامة عنه عليه الصلاة والسلام قال من أنفق على نفسه نفقة فهو له صدقة ومن أنفق على امرأته وأهله وولده فهو صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال رجل أبدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلا هلك الحديث فقد تخرج قول أبي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول أبي يوسف ونحن أيضاً نقول بقوله نزعنا الناس في الوقف واختارهم شايخ الخ وكذا ظاهر الهداية حيث أخرج وجهه ولم يدفعه ومن صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على أن يقضى دينه من غلته وكذا إذا قال إذا حدث على الموت وعلى دين يدين من غلته هذا الوقف بقضاء ما على فافضل فعلي سبيله كل ذلك جائز وفي وقف الخصاص إذا شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلته هذا الوقف جائز غلته فباعها وقبض ثمنها ثم قبل أن ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته أو لاهل الوقف قال يكون لورثته لأنه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف أن شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضاً معيناً كالنصف والرابع وكذلك إذا قال إذا حدث على ذلن الموت يعني الواقف نفسه أخرجه من غلته هذا الوقف في كل سنتين عشرة أسهم مثلاً سهم يجعل في الحج عنه أو في كفارات إيمانه وفي كذا وكذا وسعى أشياء أو قال أخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهماً لتصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبيله (قوله ولو شرط أن يستبدل بها أرضاً أخرى) تكون وقفاً مكانه (فهو جائز عند أبي يوسف) وهلال والخصاص وهو استحسان وكذا لو قال على أن يبيعها أو اشتري بتمها أخرى مكاناً أو قال بمجدي صبح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة أن يستبدل ثانياً لانتهاء الشرط بمجرد الآن بذكر عبارة تفيد ذلك دائماً وكذا ليس للقيم الاستبدال الآن ينص له بذلك وعلى وإن هذا الشرط لنفسه أن ينقص من المعاليماً إذا شاء ويزيد يخرج من شاء ويستبدل به كان له ذلك وليس لغيره الآن يجعله له وإذا أدخل وأخرج مرة ليس له ثانياً إلا بشرط ولو شرط لغيره لم بشرطه لنفسه كان له أن يستبدل لنفسه لأن إقادته الولاية لغيره بذلك فرغ كونه ملكاً ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة الواقف ليس له أن يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضيان قول هلال وأبي يوسف هو الصحيح لأن هذا الشرط لا يبطل الوقف لأن الوقف بقبل الانتقال من أرض إلى أرض فإن أرض الوقف إذا غصبها غاصب وأجرى عليها المأبأ حتى صارت ببحر الاتصالح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها أرضاً أخرى فتكون وقفاً مكانها وكذا أرض الوقف إذا قل نزاعاً بحيث لا تختمل الزراعة ولا تغضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الأرض في الاستبدال بأرض أخرى وفي نحو هذا عن الأنصاري مع الشرط لكن لا يبيعها إلا بأذن الحاكم وينبغي للحاكم إذا رفع إليه ولا منفعة في الوقف أن ياذن في بيعها إذا رآه أنظر لاهل شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء ذلك صح الوقف والشرط عند أبي يوسف وهلال والخصاص وجههم الله استحساناً لأن فيه تحويلاً إلى ما يكون خيراً من الأول أو مثله فكانت تقر بالابطال وعند محمد رحمه الله وأهل البصرة الشرط باطل والوقف جائز لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زوال الملك والوقف يتم به

لو وقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا هو اشتراط عدم حكمه وهو التاييد بل هو تاييد  
معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لانا نقول حكم ذلك على وجه يتغذى به شرطه  
الذي شرط في أصل الوقف اذا لم يخالف أمر شرعي وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره  
وكون شمس الأئمة كرمسألة ثم قال ولهذا تبين خطا من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهر الدرس وجوه  
عنه بعد ان كان ينبغي به لا يوجب تباعه مع قيام وجه غيره ولو أراد يتجوز الاستبدال بفرض شرط الاستبدال  
فما اذا كان أحسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال وهو مسألة الكتاب  
أولا عن شرطه فان كان لغرض وج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي أن لا يختلف فيه كالصورتين  
المذكورتين لقاضيه وان كان لذلك بل اتفق انه أمكن أن يؤخذ بمن الوقف ما هو مذهبهم من أنه لا يجوز  
منتفعه فينبغي أن لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه بدون زيادة أخرى ولانه لا موجب  
لتجوز به لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرر ولا ضرر وفي هذا اذا تجب الزيادة فيه بل  
تجقيقه كما كان ولعل محل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الا في راية عن أبي  
يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب أبي يوسف المشهور وعنه المعروف لا يجوز رواية  
والاستبدال الثاني ينبغي ان لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضيه ان الواجب اذا شرط الاستبدال  
لنفسه يصح الشرط والوقف وملك الاستبدال اما بالشرط أشار في السير الى أنه لا يملكه الا باذن القاضي ولا  
ينبغي ان يحمل الاجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه اذا شرطه له وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في أصل  
الاستبدال والافه وقد نقل الخلاف وعرف من هذا أن محل ما ذكرناه عن الانصاري ما اذا لم بشرطه لنفسه  
ثم اذا اشترى البديل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفه على أن يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم أن يوصى  
بالاستبدال لمن يوصى اليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على أن أبيعها بقليل أو كثيرا وعلى  
أن أبيعها وأشترى بثمنها عبدا نص هلال على فساد الوقف كانه قال على أن أبطالها ولو اقتصر على قوله على أن  
أبيعها وأشترى بثمنها أرضا جاز استحسانا واذا قال على أن أستبدل أرضا أخرى ليس له ان يجعل البديل دارا  
وكذا على العكس ولو قال بارض من البصرة ليس له ان يستبدل من غيرها لأن الا ما كن قد تختلف في جودة  
الارض وينبغي ان كانت أحسن ان لا يجوز لانه خلاف الى خبر ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئا استبدل  
ما شاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بعين فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين  
في تركه وكذا لو استلمه أموالا مضافا الى الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عرضا مضافا يكون وقفا فهو  
له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول أبي حنيفة ومنعه أبو يوسف أما لو قبض الثمن  
ثم وهبه فالهبة باطلة اتفقا ولو باعه بعرض ففي قياس قول أبي حنيفة يصح وقال أبو يوسف وهلال لا يملك  
البيع الا بالنص أو بارض تكون وقفا مكانها واذا باع الوقف ثم عاد اليه بما هو فسخ من كل وجه كان له أن  
يبيعها ثانيا وان عادت بعد جديلا يملك بيعها لانها صارت وقفا فكانه اشترى غيرها الا أن يكون عم لنفسه  
الاستبدال ولو رد بعيب بقضاء أو بغير قضاء بعد القبض أو قبل القبض بقضاء عادت وقفا وكذا اذا قال  
المشتري قبل القبض أو بعده فله ان يصنع بالآخرى ما شاء ولو اسقطت الاولى في القياس تبقى الثانية وقفا وفي  
الاستحسان لان الثانية كانت وقفا بدلا عن الاولى والاستحسان انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى  
الثانية وقفا ولو شرط لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولو أوصى به عند موته لم يكن الوصي ذلك لان في الوكالة  
وهو حي لو تمكن خله أمكنه الاستبدال بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه مع آخر على أن يستبدل معا  
فتفرد بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد به الواقف جاز لانه هو الذي شرط لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما  
لو نصب قاضيا بلدين كل قضا كان لكل أن يتصرف وحده ولو ان أحدهما من القاضيين أراد أن يعزل الذي  
في يده الاستبدال شرطا فاسدا فيبطل كذا في المسجد اذا شرط الاستبدال أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم

ولو شرط الواقف الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والخيار عند أبي يوسف (٤٤١) بناء على التوسعة كما مر وعند محمد الوقف

باطل وانما قد يقول ثلاثه  
أيام لتكون مدة الخيار  
معلوم حتى لو كانت مجهولة  
لا يجوز الوقف على قول أبي  
يوسف أيضا (قوله وهذا)  
أي الخلاف (بناء على  
ما ذكرناه) إشارة إلى أن  
جعل غلة الوقف لنفسه جائز  
عند أبي يوسف فإنه لما جاز  
أن يستثنى الواقف الغلة  
لنفسه مادام جاز فكذلك  
يجوز اشتراط الخيار لنفسه  
ثلاثة أيام ليروي النظر فيه  
وعند محمد لم يجز ذلك لم  
يجز اشتراط الخيار لنفسه  
أيضا وهذا البناء صريح في  
المبسوط ثم إنهم يصح الوقف  
بشرط الخيار عند محمد لم  
ينقلب الوقف جائزا باطلا  
الخيار بعد ذلك لأن الوقف  
لا يجوز إلا مؤبدا وشرط  
الخيار يمنع التأييد فكان  
شرط الخيار شرطا فاسدا  
في نفس العقد فكان  
الفساد قويا وقوله وأما  
فصل الولاية فقد نص فيه  
أي فقد نص القدوري في  
فصل الولاية بالجواز على  
قول أبي يوسف بقوله وإذا  
جعل الواقف إلى قوله جاز  
عند أبي يوسف وهو قول  
هلال أيضا وهو ظاهر المذهب  
وذكر هلال في وقفه وقال  
أقوام إن شرط الواقف  
الولاية لنفسه كانت له وإن  
لم بشرط لم تكن له ولاية  
وهذا بظاهره لا يستقيم على  
قول أبي يوسف لأن الولاية

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة أيام جاز الوقف والشرط عند أبي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا  
بناء على ما ذكرنا وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب  
أقامه القاضي الأسخرفي إذا رأى الله في ذلك كان له عزله والافلا (قوله ولو شرط) أي الواقف الخيار  
لنفسه ثلاثة أيام) بأن قال ووقف دارى هذه على كذا على أبي بالخيار ثلاثة أيام (جاز الوقف والشرط عند أبي  
يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الوقف باطل) وهو قول الشافعي وأحمد وهلال قال المصنف (وهذا بناء على  
ما ذكرناه) يريد الأصل المختلف فيه أعنى شرط التسليم فإن محمد الماشترط تمام القبض لينقطع حق الواقف  
فلا شك أن شرط الخيار يغوت معه الشرط المذكور لأنه لا يتصور معه تمام القبض وأما أبو يوسف فلم يملك  
بشرط تمام قبض متولأبني عليه جواز شرط الخيار وروى عن أبي يوسف أن الوقف جائز والشرط باطل  
وهو قول يوسف بن خالد السبكي لأن الوقف كالاتفاق في أنه إزالة المال إلى مالك ولو أعتق على أنه بالخيار  
عنتق وبطل الشرط فكذلك يجب هذا وإذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد بطل ويتم وقف المسجد ومثل  
ذلك قال الهندواني على قول محمد ينبغي أن يجوز الوقف ويبطل الشرط لأنه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من  
الزوال ولكن محمد يقول بتمام الرضا والقبض يتم الوقف ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان  
كالا كراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فإن القبض ليس شرطا فيه عنده بل إقامة الصلاة فيه  
بجماعة وكذا في الاعتاق فإن القبض فيه ليس شرطا والحاصل أنه إن تم له شرط التسليم في أصل الوقف تبطل  
هذا وقد مناه فيه وتعميد الخيار بثلاثة أيام ليس قيداً بل أن يكون معلوما حتى لو كانت مجهولة بان وقف على  
أنه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وذكر روى عن أبي يوسف أنه قال إن بين الخيار وقفا جاز الوقف والشرط وإن لم  
يوقت له فالوقف والشرط باطلان ثم إذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو بطل الخيار قبل الثلاث  
لم يصح لأن الوقف لا يجوز إلا مؤبدا والخيار يمنع التأييد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فإن  
الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده إذا شرطه أكثر من ثلاثة أيام لاستناع لزوم العقد بعد الأيام الثلاثة فلم يكن  
الفساد في صلب العقد فإذا أسقطه قبل الثلاث جاز ذكره في فتاوى قاضيهان ولا يبطل الوقف بالشرط  
الفاقد ولهذا لو وقف أرضا على رجل على أن يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفي فتاوى قاضيهان  
أيضا قال الفقيه أبو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذلك الوقف ولو اشترى  
أرضاً فوقها ثم أطلع على عيب رجوع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له أن يصنع به ما شاء \* (فروع) \*  
اشترى أرضا على أنه بالخيار فوقها ثم أسقط الخيار مع ولو كان الخيار للبائع فوقها المشتري ثم أسقط البائع  
الخيار لا تكون وقفا ولو وقعها البائع مع ولو وقف الموهوب له الأرض قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف  
وكذلك لو وقعها الموصى له بها قبل موت الموصى ثم مات الموصى وكذا لو وقعها في الشراء الغاسد قبل قبضها (قوله  
وأما فصل الولاية فقد نص فيه) أي القدوري (على قول أبي يوسف) حيث قال أو جعل الولاية له جاز  
على قول أبي يوسف (وهو قول هلال أيضا) قال المصنف (وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه) فقال

فالشرط باطل واتخاذ المسجد صحيح كذا هنا (قوله وهذا بناء على ما ذكرناه) إشارة إلى أنه يجوز أن يجعل  
الواقف الغلة لنفسه مادام حيا فكذلك يجوز أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام ليروي فيه وعند محمد وهلال  
رحمه الله تعالى الوقف باطل لأن تمام الوقف على مذهب محمد رحمه الله تعالى عليه بالقبض وشرط الخيار يمنع  
تمام القبض ولهذا لا يتم القبض في الصرف والسلم مع شرط الخيار ولأن تمام الوقف بتمام الرضا ومع شرط  
الخيار لا يتم الرضا فيبطل الوقف كالا كراه على الوقف ثم إنهم يصح الوقف بشرط الخيار عند محمد رحمه الله  
تعالى عليه لم ينقلب جائزا باطلا الخيار بعد ذلك (قوله وأما فصل الولاية فقد نص فيه على قول أبي يوسف  
رحمه الله) وهو قول هلال رحمه الله تعالى عليه أي فقد نص في فصل الولاية بالجواز على قول أبي يوسف رحمه الله  
تعالى عليه في الكتاب بقوله وإذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية له جاز عند أبي يوسف رحمه  
الله وذكر في المحيط وإذا وقف الرجل أرضه ولم يشترط الولاية لنفسه ولا لغيره فالوقف جائز والولاية للواقف

وذكر هلال في وقعه وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهة بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولاه أقرب بالناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ سجدا يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه ولكن أعنى عبدا كان الولاء له لأنه أقرب بالناس إليه ولو أن الواقف شرط ولاية لنفسه وكان الواقف غير ما. ون على الوقف فللقاضي أن يخرجهم من يده نظر الفقهاء كماله أن يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا إذا شرط أن ليس لسلطان ولا لقاض أن يخرجهم من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فبطل

(وقال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له ولاية وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه أن يكون قول محمد لان من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم يبق له ولاية فيه فهايدل على أنه لم يثبت تصريح محمد به وإنما أطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب وأورد على هذا أن مقتضى اشتراط محمد التسليم إلى القيم أن لا يثبت للواقف ولاية وان شرطها لنفسه لأنه ينافي بهذا الشرط أجيب بوجهين أحدهما أن نأويل ذلك أن يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلم إلى المتولى فان الولاية تكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضيان ذكر محمد في السير أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد هذا التسليم أن قال وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى بشرط الوقف فلا تبقى له ولاية بعد هذا التسليم ان شرط الولاية لنفسه وأما على قول أبي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشترطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في التمسك والذخيرة والاشتراف معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه فهي له أنه إذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد أيضا لان شرط الواقف تراعى ومن ضروره سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط ثقة وقد منافع آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدلل المصنف على قول أبي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله (ولنا أن المتولى انما يستفيد الولاية من جهة بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيد منها) ولنا أن يمنع استفاضة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطاً لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير أجنيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم كولي فيه من شاء من يصلح لذلك وهو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله عز وجل لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو مخير للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما إذا شرطها لنفسه وقد يتم قوله (ولانه أقرب بالناس إلى الوقف فكان أولى بولايته) دليلا على ذلك فان القاضي ليس أقرب منه إليه والغرض أن الواقف عدل ما مومن فهو أحق من القاضي لانه وإن زال الملك فهو على وجه تعود منفعة للواقف يصرفه إلى الجهات التي هيها وهو أن يصح لنفسه من غيره فينصب وليا وقوله (كن اتخذ سجدا كان أولى بعمارته ونصب المؤذن ولكن أعنى عبدا كان الولاء له لأنه أقرب بالناس إليه) أما عمارته فلا خلاف يعلم فيه وأما نصب المؤذن والامام فقال أبو نصر فلاهل المحلة وليس الباني أحق منهم بذلك وقال أبو بكر الاسكافي الباني أحق بنصبهم من غيره كالعامة قال أبو الليث وبه نأخذ الآن يريد ما مومن مؤذنا والقوم يريدون الإصلاح فلهم أن يفعلوا ذلك كذا في النوازل (ثم إذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير ما مومن على الوقف فللقاضي أن يخرجهم من يده نظر الفقهاء كماله أن يخرج الوصى نظرا للصغار وكذا لو شرط أن ليس لسلطان ولا لقاض أن يخرجهم من يده ويوليها غيره) لا يلتفت إلى شرطه اذا كان غير ما مومن لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بان

كذا ذكر هلال والخصاف رحهما الله (قوله وذكر هلال) قال أقوام أي بعض المشايخ رحهم الله أن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت الولاية له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا رحهم الله تعالى الاشبه أن

شرط أو سكت ولا على قول محمد لان التسليم إلى المتولى شرط لصحة الوقف فكيف يصح ان يشترط الواقف الولاية لنفسه وهو يمنع التسليم إلى المتولى فهذا أوله بعض مشايخنا وقالوا الاشبه أن يكون هذا قول محمد لان من أصله ان التسليم الخ ومعناه إذا سلم إلى المتولى وقد شرط الولاية لنفسه حين وقعه كان له الولاية بعد ما سلم إلى المتولى والدليل على ذلك ما ذكره محمد في السير إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك الا أن يشترط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم قال قاضيان وهذه المسئلة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولى بشرط لصحة الوقف فلا تبقى له ولاية بعد التسليم الا أن يشترط الولاية لنفسه أما على قول أبي يوسف فالتسليم إلى المتولى ليس بشرط فكانت الولاية للواقف وان لم يشترط الولاية لنفسه وقوله (ولنا ان المتولى انما يستفيد الولاية من جهة بشرطه فيستحيل أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيد منها) استدل لابي يوسف وعبر عنه بقوله ولنا إشارة إلى انه المختار وكلامه الباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرح والله أعلم



\*(فصل)\* فصل أحكام

المسجد بما قبله في فصل على  
حدة للخالفة أحكامه المتأمله  
في عدم اشتراط التسليم الى  
التولى عند محمد ومنع  
الشيوع عند أبي يوسف  
وخزوجه عن ملك الوقف  
عند أبي حنيفة وان لم يحكم  
به الحاكم فرق أبو حنيفة  
بين الوقف والمسجد فان الوقف  
إذا لم يحكم به ما كرم لم يكن  
موصى به ولا مضافا الى  
ما بعد الموت كان له أن يرجع  
فيه وأما المسجد فليس له أن  
يرجع فيه ولا يبيعه ولا  
يورث عنه لان الوقف اجتماع  
فيه مغنيين الحبس  
والصدقة فاذا قال وقت  
فكأنه قال حبست العين  
على ملكي وتصدقت بالغلة  
ولو صرح بذلك لا يصح  
مال يوص به لان التصديق  
بالغلة المعدومة لا يصح  
فاذا أوصى به أو أضافه الى  
ما بعد الموت كان لازما بعد  
موته وأما اذا قال جعلت أرضي

مسجدا فليس فيه ما لوجب  
البقاء على ملكه فلو أزاله  
فقد تعالى لم يكن له أن يرجع  
كلوازاله بالاعتناق وكلامه  
واضح وقوله (وعن محمدانه  
يشترط الصلاة فيه بالجماعة)  
وهو رواية عن أبي حنيفة  
أيضا ويشترط مع ذلك أن  
تكون الصلاة جهرية  
بإذان واقامة حتى لو صلى  
جماعة بغير إذان واقامة  
سرا لا يصير مسجدا عند أبي  
حنيفة ومحمد فان أذن رجل

\*(فصل)\* واذا بنى مسجدا

\*(فصل)\* (واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يقرره عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلاة فيه فاذا  
صلى فيه واحد زال عند أبي حنيفة عن ملكه) أما الاقرار فلا يخلص لله تعالى الابيه وأما الصلاة فيه فلا يخلص  
لابد من التسليم عند أبي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلاة فيه أولا لأنه لما تعذر القبض  
فقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفي بصلاة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذلك عن محمد لان فعل الجنس  
منعذر فيشترط أدناه وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة لان المسجد بني لذلك في الغالب (وقال أبو يوسف  
يزول ملكه بقوله جعلت مسجدا) لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط الملك العبد فيصير خالصا لله تعالى  
بسقوط حق العبد وصار كاعتناق

مما يخرج به الناظر ما إذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضيانا لجعل الوقف ولاية الوقف  
الى رجلين بعدم موته فوصى أحدهما الى صاحبه في أمر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن  
أبي حنيفة لا يجوز ولأنه انما رضى برأيه ما وفيها الوجهل أرضه وقف فافرض مرض الموت فجعل رجلا وصى نفسه  
ولم يذكر من أمر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصى ولو قال أنت وصى في أمر الوقف خاصة قال  
أبو يوسف هو كما قال وقال أبو حنيفة هو وصى في الاشياء كلها

\*(فصل)\* لما اختص المسجد بأحكام تختلف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط  
في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم كولا الايصاء به ولا يجوز زما عند أبي يوسف ولا يشترط التسليم الى  
التولى عند محمد أفرد به بفصل على حدته وآخره هذا ويمكن أن يجعل من ذلك أيضا ما لو اشترى أرضا فأسدا  
وقبضها ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمته المفقرة ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه أبو جعفر ذكر محمد في  
كتاب الشفعة انه لو اشترى أرضا فأسدا وبناها بناء المسجد جاز عند أبي حنيفة رضى الله عنه وعليه قيمتها  
للبيع وقول أبي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الارض الى البائع بغساده البيع قال فاشترط البناء له دليل  
على ان لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكره لاله انه يصير مسجدا في قول أصحابنا فصار فيه روايتان  
قال الفقيه أبو جعفر في الوقف أنصارا وابتان والفرق على أحدهما عند هذا القائل أن في الوقف حق العباد  
كالبيع والهبة وأما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح لله تعالى ولهذا قالوا لو اشترى دارا  
لها شفع فبعلها مسجدا كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة وكذا اذا كان للبائع حق الاسترداد كان له أن  
يبطل المسجد (قوله واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يقرره بطريقه يقرره عن ملكه ويأذن للناس في الصلاة  
فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند أبي حنيفة) ومحمد في رواية عنهما وفي رواية أخرى عنهما لا يزول الا بصلاة

يكون هذا قول محمد رحمه الله لان التسليم الى القيم شرط صحة الوقف فاذا أسلم لم يبق له ولاية الا اذا شرطها عند  
الآخر ج عن ملكه ألا ترى أنه لو شرطها لغيره ثبتت لغيره فاذا شرطها لنفسه أولى أن يثبت له لان هذا الشرط  
بقاء للولاية الثابتة له معنى وذكر محمد رحمه الله تعالى في السير اذا وقف ضيعة وآخر جهات الى القيم لا تكون له  
الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط الولاية لنفسه وأما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم  
وذكر في فتاوى قاضيانا رحمة الله تعالى عليه ولو قال أرضي هذه موقوفة ان شئت أو أحببت كان الوقف  
باطلا في قولهم لان هذا تعليق وتعليق الوقف بالشرط باطل في قولهم ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة ان  
شئت ثم قال شئت كان الوقف باطلا لما قلنا أنه تعليق ولو قال شئت وجعلتها صدقة موقوفة صح لانه ابتداء  
وقف والله تعالى أعلم بالصواب

\*(فصل)\* (قوله فلا يخلص لله تعالى الابيه) ولا بد أن يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وأن المساجد لله  
أي مخصصة لله ولا يخلص لله تعالى الابيه (قوله ويشترط تسليم نوعه) أي تسليم يليق بنوع هذا القرية ويشترط  
في كل نوع تسليم ما يليق به وهو في المسجد بالصلاة فيشترط أدناه وهذا لان المسجد موضع السجود وقد حصل  
ذلك بصلاة الواحد والواحد من المسلمين ينوب عن جماعتهم فيما هو حقهم ولهذا جعل أمان الواحد مع  
المسلمين كما ان الكل وعن محمد رحمه الله تشترط الصلاة بالجماعة وكذلك عن أبي حنيفة رحمه الله ويشترط مع

وقد بيناه من قبل قال (ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطابق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وان مات يورث عنه) لانه لم يخص الله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب

جماعة وعند أبي يوسف نزول ملكه بمجرده قوله جعلته مسجداً أما قوله ما فلان الملك لم يزل بمجرده القول فشيئاً  
مجد على أصله في اشتراط التسليم لكن لا يتعين المتولى لان تعيينه لتحقيق التسليم الى من أخرج اليه وهو انه  
سجانه وتعالى ولا يتحقق الا في ضمن التسليم الى العبد على ما مر لا كل عبد بل الذي تعود منفعة اليه بحسبان  
المتولى يقيم مقامهم في القبض ومقام الواقف في اقبال الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في  
المسجد بذلك اذ ليس له غلة يستحقها الناس فاقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلاة فيه وعلى هذا  
يخرج عن الملك بصلاة المنفرد لان قبض الجنس متعذراً كتنفي بالواحد وعلى هذه الرواية تختلف الوصلى الواقف  
بنفسه وحده والصحيح أنه لا يكتفي لان الصلاة انما تشترط لاجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا  
صلاته ووجه رواية اشتراط الجماعة انهم المقصود بالمسجد لا مطلق الصلاة فانها تتحقق في غير المسجد فكان  
تحقق المقصود منه بصلاة الجماعة ولهذا يشترط كونها باذان واقامة عندهما ولو جعل له واحدا مؤذنا واماماً  
فاذن وأقام وصلى وحده صار مسجداً بالاتفاق لان أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد  
صلاة المؤذن هذه ان تعاد الجماعة ان يأتي بعده على هذا الوجه عند البعض وقولنا لا يتعين المتولى بقيدانه لو  
سلمه الى متولى جعله له صح وان لم يصل فيه أحد وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لان التسليم الى المتولى  
أيضاً يحصل تمام التسليم اليه تعالى لرفع يده عنه وجهه قول أبي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج  
عن الملك بلا حكم مما سألني بأن لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت أرضي صدقة موقوفة ونحوها  
لا يوجب الخروج عن الملك لان لفظ الوقف لا يني عنه والصدقة ليس معناها الا التصديق بالغلة وهي معدومة  
فلا يصح بل الوقف يني عن الإبقاء في الملك فيحصل الغلة على ملكه فيصدق بها فيحتاج الى حكم الحاكم لإخراجه  
عن ملكه الى غير ملك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجداً فانه ليس منبثقاً عن إبقاء الملك لاحتياج الى  
القضاء بزواله فاذا أذن في الصلاة فيه فصلى كذا كرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا  
أمران أحدهما انه لا يحتاج في جعله مسجداً الى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال مالك وأحمد وقال  
الشافعي لا بد من قوله وقفته أو حبسته ونحو ذلك لانه وقف على قربة فكان كالوقف على الفقراء ونحن  
نقول ان العرف جار بان الاذن في الصلاة على وجه العموم والتخليه بقيد الوقف على هذه الجهة فكان  
كالتبشير به فكان كمن قدم طعمه الى ضيفه أو نثر ثمارا كان اذا نفي أكله والنقطة بخلاف الوقف على  
الفقراء لم تجر عادة فيه بمجرده التخليه والاذن بالاستغلال ولو جرت به عادة في العرف اكتفى بذلك  
كسئلنا والثاني انه لو قال وقفته مسجداً ولم ياذن في الصلاة فيه ولم يصل فيه أحد لا يصير مسجداً بلا حكم  
وهو بعبد وأبو يوسف رحمه الله مر على أصله من زوال الملك بمجرده القول اذن في الصلاة أو لم ياذن  
ويصير مسجداً بلا حكم لانه اسقاط كالاتفاق وبه قالت الاثمة الثلاثة وينبغي أن يكون قول أبي يوسف ان كذا  
من مجرد القول والاذن كما قالوا من قبل زوال الملك وصيرورته مسجداً الماذكرنا من العرف (قوله ومن  
جعل مسجداً تحته سرداب) وهو بيت يتخذ تحت الارض لتبريد المياه وغيره (أو فوقه بيت) ليس للمسجد  
واحد منهما فليس بمسجد (وله يبيعه وورث عنه اذا مات) ولو عزل باباً الى الطريق (لبقاء حق العبد متعلقاً  
به) والمسجد خالص لله سبحانه ليس لأحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شيء له فكان  
ذلك أن تكون الصلاة باذان واقامة بغير اذان واقامة سر الاجهر الا يصير مسجداً  
عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله فان جعل للمسجد مؤذناً واماماً وهو رجل واحد فاذن وأقام وصلى وحده صار  
مسجداً بالاتفاق لان أداء صلاته على هذا الوصف كالجماعة ألا ترى أن أصحابنا رجعهم الله تعالى قالوا مؤذن  
مسجد اذا أذن وأقام وصلى وحده ليس لمن يحيى بعد ذلك أن يصل بالجماعة في ذلك المسجد وبقبض المتولى  
هل يصير مسجداً من غير أن يصل فيه فقد اختلف فيه

واحد وأقام وصلى وحده صار  
مسجداً بالاتفاق لان صلاته  
على هذا الوصف كالجماعة  
وقوله (وقد بيناه من قبل)  
اشارة الى ما قال عند قوله ولا  
يتهم الوقف عند أبي حنيفة  
ومحمد بقوله لهما أن موجب  
الوقف زوال الملك بدون  
التملك وأنه يتأبد كالعتق  
والسرداب بكسر السين  
معرب سرداب وهو بيت  
يتخذ تحت الارض للتبريد  
وقوله (فله أن يبيعه) أي  
لا يكون مسجداً وهو  
ظاهر الرواية لان المسجد  
ما يكون خالصاً لله تعالى قال  
تعالى وان المساجد لله أضاف  
المساجد الى ذاته مع ان جميع  
الاماكن له فاقضى ذلك  
خلوص المساجد لله تعالى  
ومع بقاء حق العباد في  
أسفله أو في أعلاه لا يتحقق  
الخلوص

(قوله وقوله وقد بيناه من  
قبل اشارة الى ما قال عند  
قوله ويتم الوقف الخ) أقول  
وفي بعضه بل هو اشارة الى  
قوله واذا كان الملك يزول  
بالقول عند أبي يوسف الخ

(قوله وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين) يعني فيما ذا كان تحته سرداب أو فورة بيت وعن مجذاه أجاز ذلك كله أي ماتحته سرداب وفورة بيت مستغل أو دكاكين وانما ذكر قول مجذاه هذا الطريق ولم يقل وعن أبي يوسف ومجذاه هذين القولين منه مافي الحكم سواء لينها له ماذكر لكل واحد منهما من دخول مخصوص في مصر مخصوص ولانه ذكر زيادة التعميم بلفظ الكل في قول مجذاه وقوله لما قلنا يعني من الضرورة قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا) وسط بالسكون لانه اسم مبهم لما دخل محن الدار لا لشي معين بين طرفي المحن وكلامه واضح وقوله (ولانه أبقى الطريق لنفسه) فلم يخلص لله تعالى حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم قال المصنف (ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف الى قوله وعند مجذاه عود الى ملك الباني) أقول قال السكاكي حكى أن مجذاه بنى بقعة فقال هذا مسجداً أبي يوسف وأبو يوسف مرابطاً فقل هذا مسجداً لأنه لما عاد الى ملك الواقف وبما يجعله

لمصالح المسجد جاز كافي مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفلى مسجداً وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد ما يتأبد وذلك يتحقق في السفلى دون العلو وعن محمد علي عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن مجذاه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا قال (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فيه) يعني له أن يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه مخطباً بجوانبه كان له حق المنع فبصر مسجداً ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن مجذاه لا يباع ولا يورث ولا يوهب) اعتبره مسجداً وهكذا عن أبي يوسف انه يصير مسجداً لانه لما رضى بكونه مسجداً ولا يصير مسجداً الا بالاطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقاً كغيره في الاجارة من غير ذكر قال (ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه) لانه تجرد عن حق العباد وصار خاصاً لصاحبه وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا أسقط العبد ما ثبت له من الحق رجح الى

فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو باعطاء حق كل من سواه عنه وهو منتف في اذ كراما اذا كان السفلى مسجداً فان صاحب العلو حق في السفلى حتى يمنع صاحبه أن ينقب فيه كوة أو يتدفق فيه وتداعلى قول أبي حنيفة وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يوهن البناء الا باذن صاحب العلو وما اذا كان العلو مسجداً فلا أن أرض العلو ملك لصاحب السفلى بخلاف ما اذا كان السرداب أو العلو موقفاً لصاحب المسجد فانه يجوز اذا ملك فيه لاحد بل هو من تنبيه مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروى عن أبي حنيفة انه اذا جعل السفلى مسجداً دون العلو جاز لانه يتأبد بخلاف العلو وهذا تعليل للحكم بوجود الشرط فان التأييد شرط وهو مع المقتضى وانما ثبت الحكم به مع عدم المنع وهو يتعلق بحق واحد من مجده عكسه لان المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشيء وهو متوقف على وجوده (وعن أبي يوسف انه جوز ذلك في الاولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن و) كذا (عن مجذاه لما دخل الري) وهذا تعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة (وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس فيه) اذا عايناه ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ليس لاحد حق المنع منه واذا كان ملكه مخطباً بجوانبه (الاربع) كان له حق المنع فلم يصير مسجداً ولانه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى (وعن كل من أبي حنيفة ومجذاه انه يصير مسجداً لانه لما رضى أن يكون مسجداً ولم يصير مسجداً الا بالاطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقاً كغيره في الاجارة بلا ذكر (قوله) ومن اتخذ أرضه مسجداً لم يكن له أن يرجع ولا يورث عنه) يعني بعد حجة بشرط وفي فتاوى قاضخان رجل له ساحة لا بناء فيها أمر قوم أن يصلوا فيها جماعة قالوا ان أمرهم بالصلاة فيها أبداً وأمرهم بالصلاة بجماعة ولم يذكر الا بدالانه أراد الا بدعهم ما لا يكون مبرئاً عنه وان أمرهم بالصلاة شهراً أو سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التأييد والتوقيت ينافية ومقتضى هذا أن لا يصير مسجداً فيما اذا أطلق الا اذا اعترف الورثة بأنه أراد الا بدعهم نيتهم لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع انهم بمعاملة يثبت ولوصاف المسجد وبجانبه أرض وقف عليه أو حانوت جاز أن يؤخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل أخذ بالقيمة كرهافلو كان طريقاً للامة أدخل بعضه بشرط أن لا يضرب بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام بن محمد انه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجداً أو يجعل شيء من المسجد طريقاً للامة اهـ يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحمة مسجداً وكذا على القلب ويجعلوا الباب أو يحذونه باباً آخر ولو احتاجوا ينظر أنهم أكثر ولا يفته ذلك ولهم أن يهدموه ويجددوا ويسلمن ايس من أهل الهلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحجاب ويلقوا القناديل ويغرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأمان مال الوقف

(قوله وروى الحسن رحمه الله تعالى عنه) أي عن أبي حنيفة ورحمة الله تعالى عليه (قوله وعلى ظهره) أي على سطحه (قوله أجاز ذلك كله لما قلنا) أي لضيق المنازل (قوله ولو خرب ماحول المسجد

صار مسجداً قوله ولو خرب  
ماحول المسجد واستغنى  
عنه) على بناء المغول (يبقى  
مسجد عند أبي يوسف) الى  
أن قال وعند محمد يعود الى  
ملك الباني قال في النهاية وفي  
الحقيقة هذه المسئلة مبنية  
على ما بيناه فان أبا يوسف  
لا يشترط في الابتداء إقامة  
الصلاة فيه ليصير مسجداً  
فكذلك في الانتهاء وان  
ترك الناس الصلاة فيه لا  
يخرج من أن يكون مسجداً  
ومحمد يشترط في الابتداء  
إقامة الصلاة فيه بالجماعة  
ليصير مسجداً فكذلك  
في الانتهاء اذا ترك الناس  
الصلاة فيه بالجماعة  
يخرج من أن يكون مسجداً  
وحكى أن محمد امر بمزبلة  
فقال هذا مسجد أبي يوسف  
يريد به انه لما لم يقل يعوده الى  
ملك الباني يصير مزبلة عند  
تطاؤل المدة ومرو أبو يوسف  
باصحابه فقال هذا مسجد  
محمد يعني انه لما قال يعوده  
ملكاً فربما يجعله المالك  
اصطلاحاً بعد أن كان مسجداً  
فشكل واحد منهما استبعد  
اصطلاحاً بمرور الزمان انتهى  
في توجه طعن أبي يوسف  
ناحل فان الاستبعاد في بقائه  
مسجداً على تلك الحال كافي  
المزبلة على قول أبي يوسف  
وليس الاصطلاح كذلك عند  
محمد فانه خرج عن أن يكون  
مسجداً فاسقط ملكه في ذلك  
المقدار من الزمان

أصله فانه قطع تصرفه عنه كافي الاعتاق ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف لانه  
اسقاط منه فلا يعوده الى ملكه وعند محمد يعوده الى ملك الباني أو الى ورثته بعد موته لانه عينه لنوع قربة  
وقد انقطعت فصار كصير المسجد وحديثه اذا استغنى عنه الآن أبا يوسف يقول في الحصري والحشيش انه  
ينقل الى مسجد آخر  
فلا يفعل غير المتولى الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد حجة  
وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا أراء أن يبنى حوانيت في المسجد  
أو في فئاته لا يجوز له أن يفعل لانه اذا جعل المسجد سكناً تسقط حرمة المسجد وأما الغناء فلانه تباع للمسجد  
(قوله ولو خرب ماحول المسجد واستغنى عنه) أي استغنى عن الصلاة فيه أهل تلك المحلة أو القرية بان كان  
في قرية تغربت وحولت مزارع يربي مسجد على حاله عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي  
وعن أجدي باع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت باع نقضها ويصرف فيها  
الى وقف آخر لم يروى أن عمر كتب الى أبي موسى لما كتب بيت المال الذي بالكوفة انقل المسجد الذي  
بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد (وعن محمد يعوده الى ملك الوائف) ان كان حياً (والى ورثته)  
ان كان ميتاً وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بتمنيى بناء مسجد آخر وجعله لانه رعيته  
لقربة وقد انقطعت فينقطع هو أيضاً وصار كصير المسجد وحديثه اذا استغنى عنه) وقد بدله اذا خرب  
المسجد يعوده الى ملك مخذه وكل كفن ميتاً فادرسه سبع عداد الكفن الى ملك مالكة وكهري الاحصار اذا  
زال الاحصار أدرك الحج كان له أن يصنع من ماله ما شاء واستدل أبو يوسف وجوه العلماء بالكلية  
فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة الآن لقاتل أن يقول القربة التي عينت  
له هو الطواف من أهل الآفاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم  
على أن الاعيان لم ينقطع من الدنيا رأفة قد كان مثل فس من ساعدة أمثال فالوجه أنه بعد تحقق سبب  
سقوط الملك فيه لا يعود كالعتق كإلا يعوده اذا زال الى مالك من أهل الدنيا لا بسبب وجوب تجديد الملك  
فما لم يتحقق لم يعد وأما ما فاس عليه من هدى الاحصار فليس يلزم لانه لم يزل ملكه قبل البيع وكذا  
لكفن بان على ملك مالكة انما أباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود الى المعير وأما الحصري  
والقنديل فالصحيح من مذهب أبي يوسف أنه لا يعوده الى ملك مخذه بل يحول الى مسجد آخر أو يبيعه قيم  
المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجداً ليصلى فيه أهل تلك المحلة لا غير بل يصلى فيه العامة معاً لأهل تلك المحلة  
وغيرهم وأما استدلال أحمد بما كتبه عمر لا يفيد لانه يمكن أنه أمره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله  
بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الغرس اذا جعله حبساً في سبيل الله  
فصار بحيث لا يستطاع أن يركب يباع ويصرف ثمنه الى صاحبه أو ورثته كافي المسجد وان لم يعلم صاحبه  
يشترى بثمنه فرس آخر يغزى عليه ولا حاجة الى الجأكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلات وقفاً في محلة ومات  
أهلها كاهم لا رد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبوارى  
انها لا تعود الى الورثة وهكذا نقل عن الشيخ الامام الحلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق  
الناس عنه أنه يصرف أو فاقه الى مسجد آخر أو حوض آخر واعلم أنه يتفرع على الخلاف بين أبي يوسف  
ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد لطراب المحلة والقربة وتفرق أهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة  
ما يمكن به عمارته أنه يبطل الوقف ويرجع النقص الى بانيه أو ورثته عند محمد خلافاً لأبي يوسف وكذا حائوت  
في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستأجر بشئ البتة يخرج عن الوقفية وكذا في حوض محلة خرب  
واستغنى عنه يبقى مسجداً عند أبي يوسف رحمه الله) هذه المسئلة مبنية على أن أبا يوسف وجه انه لا يشترط في  
لا ابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء اذا ترك الناس الصلاة فيه لا يخرج من أن

قال (ومن بنى سقاية للمسلمين) أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الخاكم عند أبي حنيفة لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أنه لا ينقطع به

وليس له ما يعمربه فهو لو أرتنه فان لم يعرف فهو لقطعة وكذا الرباط إذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثاً ولو بنى رجل على هذه الأرض فالبناى الباقي وأصل الوقف لو رثته الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية سئل الحلواني عن أوقف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها ويشتري بثمنها أخرى قال نعم وروى هشام عن محمد أنه قال إذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به الساكنين فلقاضي أن يبيع ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي أن لا يفتى على قوله برجوعه إلى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله وخوابه بل إذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الأول وكذا للمتولي أن يبيع من تراب مسجده إذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى قاضخان وقف على مسكن خرب ولا ينتفع به ولا يستأجر أصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وإن كان أصله يستأجر بشئ قليل يبقى أصله وقفاً انتهى ويجب حفظ هذا فإنه قد تخرب الدار وتضر كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استأجر أرضها من بني أو بغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك وتباع كلها للواقف مع أنه لا يرجع منها إليه إلا النقص فان قلت على هذا تكون مشكلة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما إذا لم تكن أرضه بحيث تستأجر قلنا لأن الرباط موقوف للسكنى وامتنعت بانهدامه بخلاف هذه فان المراد وقف يكون لاستغلال الجماعة المسلمين ولو أخذهم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاديه يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم باسم الواقف إلى أن يحتاج الباقي إلى العمارة فيصرف فيه وكذا إذا ييس بعض أشجار الأرض الموقوفة ببيعها ولا يبيع من نفس الأرض لذلك ولا يعطى المستحقون شيئاً من ثمن النقص ولا من عينة بوجه من الوجوه لأنه لا حق لهم فيما سوى الغلة بل الحال أنه إن أمكن شراء شيء يستغل ولو قليلاً وأجاره الأرض بشئ ولو قليلاً فعل وحفظه لعمارة ما بقي ولو خرب السكك وتعذر أن يشتري بثمنه مستغل ولو قليلاً لا يندبر جيع إلى ملك الواقف (قوله ولو بنى سقاية للمسلمين أو خاناً يسكنه بنو السبيل أو رباطاً أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الخاكم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) ولو سلمه إلى متول (لأنه لم ينقطع حقه عنه ألا ترى أنه ينتفع به) في الحال

لا يكون مسجداً وعند محمد رحمه الله يشترط في الابتداء إقامة الصلاة فيه بالجماعة ليصير مسجداً فكذلك في الانتهاء إذا ترك الناس الصلاة فيه بالجماعة يخرج من أن يكون مسجداً وحكى أن محمد رحمه الله مبرز باله فقال هذا مسجد أبي يوسف رحمه الله بر يديه أنه لم يزل يعل بعدو إلى الملك الباني يصير مزارعاً عند تطاول المدة ومر أبو يوسف رحمه الله بأصطبل فقال هذا مسجد محمد رحمه الله يعني لما قال يعود ملك كافر بما يجعله الملك أصطبلاً بعد أن كان مسجداً وكل واحد منهما استبعد مذهب صاحبه بما أشار إليه وقيل هي من وضع الفرقة الجهمية الممقوتة عند الله تعالى استخسر جوامع اختلافهم الناشئ عن الاجتهاد الصحيح بأطيل مختلفة عليهم ليضعوا عن شأنهم بنقل الطعن عن بعضهم في بعض وبأن الله الآن يتم نوره فمحمد رحمه الله يقول أنه جعل هذا الجزء مصر وفالي قرية بعينها فإذا انقطع ذلك عاد إلى ملكه كالحصير إذا بعث بالهسدي ثم زال الإحصار فأدرك الحنج كان له أن يصنع مهاديه ماشاء وكذلك لو كفن ميتاً ثم أفرسه السبع عاد الكفن إلى ملك صاحبه وكذا إذا علق قنديلاً بوسط حصير في المسجد ثم خرب المسجد وأبو يوسف رحمه الله يقول بل زال ملكه بجهة ولكن لم تبطل تلك الجهة لأنه ما جعله مسجداً ليصلى فيه أهل المحلة لا غير وإنما جعل مسجداً ليصلى فيه العامة لأن لإمامة حق إقامة الصلاة في المسجد واستدل أبو يوسف رحمه الله بالكعبة فان زمان الفترة قد كان حول الكعبة عبدة الأصنام ثم لم يخرج موضع الكعبة به من أن يكون موضع الطاعة والقرية خالصاً لله تعالى فكذلك سائر المساجد وما هدى الإحصار فهو لم يزل عن ملكه قبيل الذبح وكلاهما في ما إذا زال عن ملكه وكذلك الكفن ليس بأزالة الغين عن ملكه بل هو تبرع بالمنفعة للحاجة الميت فكان بمنزلة العارية حالة الحياة وقد وقع

مذهب صاحبه لما أشار إليه  
استدل أبو يوسف بأنه  
سقط ملكه في ذلك المقدار  
فلا يعود إلى ملكه واستظهر  
بالكعبة فان زمان الفترة  
قد كان حول الكعبة عبدة  
الأصنام ثم لم يخرج موضع  
الكعبة به عن أن يكون  
موضع الطاعة والقرية  
خالصاً لله تعالى فكذلك في  
سائر المساجد ومحمد يقول  
عين هذا الجزء من ملكه  
مصر وفالي قرية بعينها فإذا  
انقطع ذلك عاد إلى ملكه  
أو ملك وأرثه وصار كحشيش  
المسجد وحصيره إذا استغنى  
عنه إلا أن أبو يوسف يقول  
في الحصير والحشيش ينقل  
إلى مسجد آخر وقوله (ومن  
بنى سقاية أو خاناً) ظاهر

فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة إلى ما  
بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فظهر الله تعالى من غير حكم  
الحاكم (وعند أبي يوسف زول ملكه بالقول) كما هو أصله إذا تسلّم عنه ليس بشرط والوقف لازم وعند  
محمد إذا استتقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لأن التسليم عنده  
شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وهي هذا البئر الموقوفة  
والخوض ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه كلها لأنه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل  
المتوب عنه وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمه لأنه لا تدبير للمتولى فيه وقيل يكون تسليمه لأنه يحتاج إلى  
من يكتسبه ويعلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لأنه لا متولى له عرفاً  
وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم إلى المتولى لأنه لو نصب المتولى يصح وإن كان بخلاف العادة ولو  
جعل داراً له بمكة سكنى الحاج بيت الله والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمسافرين أو جعلها في غير  
من الثغور سكنى للفرقة والمرابطين أو جعل غلته أرضاً للفرقة في سبيل الله تعالى ودفع

وقوله بخلاف المسجد  
يعني أن حكم الحاكم  
والإضافة إلى ما بعد الموت  
ليس بشرط في المسجد  
وقوله (وذلك بما ذكرناه)  
يعني أن التسليم يحصل  
بالاستقاء والسكنى والنزول  
والدفن في السقاية والخان  
والرباط والمقبرة وقوله (في  
هذه الوجوه) أي في  
السقاية والخان والرباط  
والمقبرة وقوله (ويكتفي  
بالواحد) ظاهر وقوله  
(سكنى الحاج بيت الله  
تعالى) الحاج اسم جمع يعني  
الحجاج كالسائر بمعنى  
السما في قوله تعالى ساءرا  
تسجرون والثغر موضع  
الخفاف من فروج البلدان  
ويقال رباط الجيش أقام  
في الثغر بازاء العدو ومراعاة  
ورباط أوائه سبحانه وتعالى  
أعلم

(فله أن يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم  
أو الإضافة إلى ما بعد الموت) ليكون وصية فيلزم بعد الموت وله أن يرجع عنه قبل موته على ما مر (كما في الوقف  
على الفقراء) بل أولى لأن الثابت في كل منهما القتل يأتي عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقت وتصدقت  
وفي هذه الأمور مع ذلك ثبوت تعلق حقه بانتفاعه بغير الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه  
(بخلاف المسجد) لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص الله عز وجل  
بالحكم وعند أبي يوسف زول ملكه بمجرد القول كما هو أصله وقوله قول الأئمة الثلاثة كما مر (وعند محمد) لا يزول  
(حتى يستتقى الناس من السقاية) يسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لأن التسليم عنده شرط وتسليم  
هذه (بما ذكرناه) من سكناتهم الخان والرباط إلى آخره (ويكتفي بالواحد) في التسليم الموجب لزوال الملك  
(لتعذر فعل الجنس) أي تسليم الكل على تعدد تسليمهم (وعلى هذا البئر) إذا احتقره (والخوض) يزول  
الملك إذا استتقى منهما واحداً وشرب دابة ومن ذلك ما لو أدخل قطعة أرض له في طريق المسلمين وجعلها  
طريقاً بشرط فيه مرور واحد بانه على قول من يشترط القبض في الأوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين  
تليزم مرور واحد ولا يكون بناؤها ميراً (ولو سلم إلى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه) أعني السقاية  
والخان والرباط والمقبرة والبئر والخوض (لأنه) أعني المتولى (نائب عن الموقوف عليهم ففعله) أي تسليمه  
(كفعله) أي تسليمهم (وأما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليمه وقيل يكون) وقد قدمناه مع وجهه ووجه  
المصنف الصحة (بأنه) أي المسجد (يحتاج إلى من يكتسبه ويعلق بابه فإذا سلم إليه صح التسليم) لأنه متول  
له عرفاً واختلف في المقبرة قيل كالمسجد على القول بأنه لا يكتفي بإزالته الملك عنه التسليم إلى متول (لأنه لا متولى  
له) فلا يزول الملك إلا بالدفن فيها (وقيل كالسقاية فيصح التسليم إلى المتولى) (قوله ولو جعل داره  
بمكة سكنى للحجاج والمعتمرين أو جعل داره في غير مكة سكنى للمسافرين أو جعلها في غير الثغور سكنى للفرقة

الاستغناء للمسلمين فيعود إلى المعبر وأما الحصير فالصحيح من مذهب أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعود إلى ملك  
متخذة بخراب المسجد بل يحول إلى مسجد آخر أو يبيع قيم المسجد للمسلمين بعد أن الخلق عيال الله تعالى فمن كان  
نفع لعباله كان أحب إليه فلذلك اتخذت السقايات قربة والقربى ما يتقرب به إلى الله تعالى والخان الموضع  
الذي يكون في المغاور في طريق البلاد لينزل فيه أبناء السبيل وتوكله يسكنه بنوا السبيل تفسيره كقوله تعالى  
تتردأ قلوبنا ونرى رباطاً الجيوش أي أقام في الثغر بازاء العدو ومراعاة ورباطاً ومنه أصبر وأصابوا  
ورباطوا أي أفيوا على جهاده بالحر بوقوله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون جميعاً ويطعني مربوط  
والحاج اسم جمع يعني الحاج كالسائر بمعنى السما في الثغر موضع الخفاف من فروج البلدان (قوله ودفع

ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة تحمل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقامة البتة والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير والفارق هو العرف في الفصلين فان أهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول والغنى لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله تعالى أعلم بالصواب

والمرابطين أو جعل غلة أرضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها) أى في السقاية والمقبرة وفي الدار المسبلة عندهما الخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الاثمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولى كقول أبي يوسف وعند أن بن حنيفة له يرجع ما لم يحكم بذلك كما كثر روى الحسن عنه انه اذا جرع بعد الدفن لا يرجع الى المحل الذى دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا جرع في المقبرة بعد الدفن لا ينشها لان النيش حرام ولكن يسوى الارض ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والقنوي في ذلك كله على خلاف قول أبي حنيفة رضئ الله عنه للتعامل المتوارث هذا وتعارف المقبرة غيرها بانه لو كان في المقبرة اشجار وقت الوقف كان للورثة ان يقطعوها لان موضعها لم يدخل في الوقف لانه مشغول بها كقول جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف تبعوا ولو بنيت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأى فيها للقاضي ان رأى يبيعها وصرف ثمنها على عبارة المقبرة فله ذلك وتسكون في الحسم كما ثمنها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض موات ايسر لها مال فاختارها أهل القرية مقبرة فلا شجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو أن رجلا غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد فهي للقرية مقبرة فلا شجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة للقيم تعاهدها ولو لم يقل فهي له رفعها لانه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارسا للوقف ولو غرس في طريق العامة وعلى شط النهر العام أو وسط الحوض القديم فهي للغارس لانه ايسر له ولاية جعلها للعامة وكذا على شاطئ القرية ولو قطعها فبنت من عروقها اشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه ان كان في الارض سعة جازوا لم ير بذلك أهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان برفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبراً فغيره أن يقبر فيه وان كان في الارض سعة الا أن الاولى أن لا يوحش ان كان فيها سعة وهو بمن يسجد في المسجد أو نزل في الرباط فغداً آخراً لا ينبغي أن يوحش الاول ان كان في المكان سعة وذكر الناطقى أنه يضمن قيمة الحفر لجمع بين الحقين ولا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة فان كان فيها حشيش يحس ويخرج الى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم في جميع ما ذكرناه من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقامة من البئر يستوى الغنى والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانهم يحملون الفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف (والغزاة) فيه (العرف فان) انواعين من (أهل العرف) يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغنى والفقير في الشرب والنزول لان الغنى لا يقدر على استحباب ما يشربه في كل مكان ولا على أن يشتري ذلك في كل منزلة من السفر وعلى هذا فيجب في الرباط أن يخص سكناه بالفقراء لان العرف على أن بناء الاربطة للفقراء وهذا فصلان في المتولى والوقوف عليه

\*(الفصل الاول في المتولى)\* قالوا الاولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد والمتولى أن يشتري بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العماره مستغلا ولا يكون وقفاً في الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصباً أو باذن المتولى بلا أجرة كان عليه أجرة مثله سواء كان ذلك معدلاً للاستغلال أو غير معد له حتى لو باع المتولى دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر فابطل البيع وظهر الاستحقاق

ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا هذا قولهما وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا كله لصاحبه أن يرجع ويبتل ما صنع من الصدقة والمقبرة والخان والسقاية وغيرها ويبيعهما وان مات كان



لا وقف كان على المشتري أجرة مثله والمعتوى أن يستأجر من يخدم المسجد بكهنته ونحو ذلك بأجرة مثله أو زياد  
يتغابن فيها فان كان أكثر فلا جاز له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لودفع من مال الوقف وان علم الاجير  
أن ما أخذ من مال الوقف لا يحل له وله أن ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو أدخل جذا عمن ماله في المسجد  
كان له الرجوع كالوصي اذا أنفق على الصغير وله أن يشتري من غلة المسجد دهنا وحصيرا وأجرا وحصا  
أقرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له أن يشتري  
ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما يحل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله أمر لا بد منه فيستدين بامر  
القاضي ورجوع في غلة الوقف وذكر الناطقي وكذلك أن يستدين لزراعة الوقف وزرعه بامر القاضي لان  
القاضي على الاستدانة على الوقف فصح بامر بخلاف المتولى لا يمكنه والاستدانة أن لا يكون في بدنة  
فيستدين ورجوع أما اذا كان في يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه  
كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه له أن يرجع وليس له أن يرهن دار الوقف فان فعل وسكنها  
المؤمن ضمن أجرة المثل ولو أنفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم أنفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويرأ عن  
الضمان ولو خلط دراهم الوقف بثمنها من ماله كان ضامنا للسكل ولو اجتمع مال الوقف ثم نابت نائبة من الكفرة  
فاحتج الى مال لدفع شرفهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة وقف المسجد الجامع يجوز للحاكم أن يصرفه الى  
ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله أن يبني على باب المسجد طلة لدفع اذى المطر عن  
الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته أو ترميمه فلا يصح والاصح ما قاله فقهير  
الدين ان الوقف على عبارة المسجد ومصالح المسجد سواء اذا كان على عبارة المسجد لا يترى منه الزيت  
والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفوا لم يجعل له متوليا حتى حضرته  
الوفاة فارصى الى رجل قالوا يكون وصيا وفيما هذا في قول أبي يوسف لان تسليم ليس بشرط فصح الوقف في  
حياته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيمته حضرته الوفاة فارصى لا يكون هذا الوصي فيما في الوقف قيم مسجد  
مان فاجتمع أهل المسجد على جعل رجل قيميا بغير أمر القاضي فقام وأنفق من غلات وقف المسجد في عمارته  
اختلف المشايخ في هذه التولية والاصح لا تصح بل نصب القيم الى القاضي لكن لا يضمن ما أنفق في لعمارة من  
غلاته اذا كان أجرة الوقف وأخذ الغلة فانفق لانه اذا لم تعه ولا يمتنه فانه غاصب والغاصب اذا أخرج الغاصب كان  
الاجر له ويتصدق به كذا في فتاوى قاضيان وأنت تعلم أن المقتضى به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان  
وقف على أرباب معلومين فان لهم أن ينصبوا متوليا من أهل لصلاح لكن قيل الاولى أن يرفعوا أمرهم الى  
القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان أن لا يعه لواو ينصبوا لهم وليس لهم شرف أن يتصرف في  
مال الوقف بل وظيفة الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف والمعتوى أن يفوض الى  
غيره عند موته كالوصي له ان يوصي الى غيره انما لم يكن الوقف جعل لذلك المتولى مالا مسمى لم يكن ذلك لمن  
أوصى اليه بل يرفع الامر الى القاضي اذا تبرع بعمله ليعرض له أجرة مثله الا أن يكون الوقف جعل لذلك لئلا  
متول وليس للقاضي أن يجعل للذي أدخله ما كان الوقف جعله للذي كان أدخله لان الاوقاف في هذا مال ليس  
لها كم وكذا اذا أخذ المتولى من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل  
الافى ثلاث هذه احداها والثانية اذا أودع السلطان الغنيمات عند بعض الغنائم ومات ولم يبين عند من أودع  
والثالثة القاضي اذا أخذ مال اليتيم وأودع غيره ثم مات ولم يبين عند من أودع لاضمان عليه أمواله كان القاضي  
أخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن ولو قال قبل موته ضاع مال  
اليتيم عندي أو أنفقته عليه ومات لا يكون ضامنا أموال مات قبل أن يقول ضمن وكذا لو باع المتولى دار الوقف  
ومات ولم يبين أين الثمن فانه يكون دينافي تركته وللناس أن يأخذوا المتولى بتسوية حائط الوقف اذا مال الى

أعلاهم فان لم تكن له غلة يرفع الى القاضى ليأمر بالاستدانة لاصلاحها وله أن يبنى قرية في أرض  
الوقف للزراعة فان كان زراعتها أصح من الاستغلال لا يبنى وفي النوازل في اقرار أرض ما فصل من مال الوقف  
قال ان كان أحرز للغلة أو جواً يكون واسعا ولا يؤجر الوقف اجارة طويلة وأكثر ما يجوز ثلاث سنين  
وليس له الاقالة الا ان كانت أصح للوقف ولو زرع الواقف والمتولى أرض الوقف وقال زرعها لنفسى وقال  
المستحقون بل للوقف فالتقول قوله وعلى الواقف والمتولى في هذا نقصان الأرض وليس عليها أجر مثل الأرض  
ويقول القاضى له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به بأمره بالاستدانة لذلك فان لا يمكنه  
يقول لاهل الوقف استدنيوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لا نفع لنا لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو أحق  
به ولا يخرج عنه الا أن يكون غير مأمون ذكر هذه المسئلة بغر وعها في فتاوى قاضخان وغيره وينعزل  
الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاص لان دام أقل من ذلك ولو عاد اليه عقه له وبرأ من  
علمه عاد اليه النظر وللناظر أن يوكل من يقوم بما كان اليه من أمر الوقف ويجعل له من عمله شيئا وله أن  
يعزله ويستبدل به أو لا يستبدل ولو جن العزل وكبيله ويرجع الى القاضى في النصب ولو أخرج حاكم قبا  
فمات أو عزل فتقدم المخرج الى القاضى الثانى بأن ذلك القاضى أخرجه بلا جحنة لا يدخله لان أمر الأول  
يحول على السداد ولكن يكافئه أن يقيم عنده بيته انه أهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل أعاده  
وكذا الأخرجه لنفسه وخيانة فبعد مدة أناب الى الله وأقام بيته انه صار أهلا لذلك فانه يعيده وليس على  
الناظر أن يفعل الا ما يفعله أمثاله من الأمر والنهى بالمصالح وبصرف الاجر من مال الوقف للعملة بأيديهم  
ولذا قلنا لوعى أو طرش أو خرس أو فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الأمر والنهى والاختصاص والعطاء  
فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على الفقراء أن يعطى قوما مدة وله أن يقطعهم ويعطى غيرهم  
فكيف لا يدخل كثرة بحيث يحاصصونهم وفي وقف الخصاص ان حكم القاضى أن لا يعطى غير هذا الرجل  
لم يعط غيره وما لم يحكم بذلك له أن يعطى غيره ويحزمه لان في كل منهما تنفيذ بشرط الواقف وقد استبعدت صحة  
هذا الحكم وكيف ساع بلا شرط حتى ظفرت في المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

(الفصل الثانى في الموقف عليه) \* وقف على زيد ثم المساكين فرد زيدا فلهو للمساكين وكذا على زيد وعزرو  
فرد أحدهما أو ظهر انه كان ميتا فصبه للمساكين وكذا اذا رد اجمعين من قبل بعد الرد لا يعودون أخذ  
سنة ليس له أن يرد بعد ذلك أم لو قال لا آقبلها سنة أو قبل ماسوى ذلك فانه يجوز وحصته من هذه السنة للباقي  
من أهل الوقف ثم يشار إليهم فيما بعد ولو قبل سنين وسماها ليس له أن يرد هابل بعدها على ولده وقوله على  
ولده فلان أبدا ماتا سلوا فردا الموجودون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجوع من الفقراء اليهم الا أن يردوه  
ولو ردوا أحد منهم فقط فالغلة كلها للفقراء ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف ما لو أوصى بثلاثة لولد عبد الله  
وكانوا يوم مات أو بعدة فرد واحد فصبوا ثلثة الموصى وهذه مما افرق فيه الوصية والوقف والفرق ذكره هلال  
 وغيره وعلى فلان وولده فردا فلان لم يعمل رده في رد ما لولده صغارا كانوا أو كبارا وقف على ولده ثم للمساكين  
فلولده صلبه يستوى فيه الذكر والانثى الا أن يخص صنفا مادام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت  
الوقف بل ولدا من كان له لا يشار كمن دونه من البطون فان كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الر واية وبه أخذ  
هلال وعن محمد يدخل ويصح ظاهر الر واية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجوع من ابن الابن اليه ولو ضم الى  
الولد ولد الولد فقال على ولدى وولد لى ثم للمساكين اشترك فيه الصلييون وأولاد بنيه وأولاد بناته كذا  
اختاره هلال والخصاص وصححه في فتاوى قاضخان وأنكر الخصاص ر واية حرمان أولاد البنات وقال لم أجد  
من يقول بربا يتذلك عن أصحابنا وانما روى عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلثة لولده زيد بن عبد الله فان وجد له  
ولده كور واثنا لصلبه يوم يموت الموصى كان بينهم فان لم يكن له ولد لصلبه بل ولد لولده من أولاد المذكور  
والاناث كان لولد المذكور دون البنات فكأنهم قاسوا على ذلك وهذه هى وزان المسئلة الاولى وفرق

شمس الأئمة بينهما وبين هذه بان ولد الولد اسم ابن ولده ولده وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل  
وفي ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنته لانه ينسب اليه عرفا قال وكذا محمد  
رحمه الله ان ولد الولد يتناول ولد البنت عند أصحابنا السكن ذكر المصنف في التبيين ان الفتوى على ظاهر  
الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الأئمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح  
من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف ذنبه يتبادر من قول القائل ولد ولد فلان كذا  
وكذا ولد ابنته وكلام الواقفين منصرف الى العرف فان تخاطبهم به بخلاف ما اذا لم يصف الى الولد كما يقال  
ولدت فلانة فانه يقال أ ولدت ذكرا أو أنثى فان هذا الاستفهام ظاهر في عدم فهم المذكر بخصوصه واذ  
عرف الاختلاف في دخول أولاد البنات في أولاد أولادى فيجب فيما لو قال على الذكور من أولادى وأولاد  
أولادى ادخال ابن البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى  
يدخل ثم اذا انقضى ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولوقال ولدي وولدي ولدي وولدي صرفت الى  
أولاده أبا مائتا سوا ولا يصرف للفقراء ما كان من نسائه واحدا يستوى الاقرب والابعد الآن ترتب  
الواقف ولو قال أولادى بلفظ الجميع يدخل النسل كله كذا كذا الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي  
وأولادهم وله أولاد أولادى فاما أراد الموجودين وضمير أولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف أولادى وأولاد  
أولادى لا موجب لقصره على الأولاد الموجودين فتدخل أولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال أولادى  
وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء فبات أحد الثلاثة أعطى نصيبه للفقراء للباقيين من اخوته بخلاف  
ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل أولادى ثم الفقراء يصرف السكك للواحد اذا مات من سواه ولو قال على بنى وله  
ذكر ان صرف اليهم وان كان واحدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان أقل الجميع اثنان فانما جعل  
مستحق كله اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج الا واحد ان  
النصف والنصف الآخر للفقراء غير أنه يشك باولادى فانه يصرف للواحد السكك الا ان يكون عرف في  
أولادى بخلاف كل جمع لمادة غيره كبنى والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ أولادى ونقل الخلاف بين أبي  
يوسف ومحمد فيما لو أعطى القيم نصيب الفقراء لو احدا جازة أبو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود  
الجنس ومنه محمد للجمعية فوجب اعطاء اثنين وتدخل البنات في قوله بنى واختاره هلال وعن أبي حنيفة  
اختصاص المذكور به قال بعض المشايخ في المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في أصول الفقه  
وعليه بنوا قول المستأمن آمنوني على بنى تدخل البنات قال في الخلاصة وهذا انما يستقيم في بنى أب يحصون  
أما فيما لا يحصون فيصح ان يقال هذه المرأة من بنى فلان انتهى بمعنى فتدخل المرأة لا ترد ولولم يكن له الا  
بنات صرفت الغلة للفقراء وعلى بنات لا تدخل المذكور ثم المستحق من الولد كل من أدرك خروج الغلة عا لثاني  
بطن أم حتى لو حدث ولد بعد خروج الغلة باقل من ستة أشهر استحق ومن حدث الى تمامها فصاعدا لا يستحق  
لانها تنبت في وجود الاول في البطن عند خروج الغلة فاستحق فلو مات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد الزوجة  
أما لو جاءت أمته بولد لاقل من ستة أشهر فاعترف به لا يستحق لانه منهم في الاقراء على الغير أعني باقى المستحقين  
بخلاف ولد الزوجة فانه حين تولد ثابت النسب ولومات الواقف من غير تحلل وقت يمكن فيه الرجوع الى أهله  
فجاءت بولد اثنين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقيب الوقف بلا تحلل  
مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه الرجوع لاحتمال انه من جل حدث وخروج  
الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حيا وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوم ما ذكره في فتاوى قاضيان وهذا  
في الحب خاصة وفي وقف الخصاص يوم طلعت الثمرة وينبغي أن يعتبر وقت أماته العاهة كما في الحب لانه بالانعقاد  
يا من العاهة وقد اعتبر انعقاده وأما على طريقة بلادنا من اجارة أرض الوقف لمن يزرعها لنفسه باجرة تستحق  
على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا

قبل تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف ما لو قال على  
 أصغر ولدى أو العميان منها أو العور فإن الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعنى يوم الوقف لا يوم  
 الغلة بخلاف الوقف على ساكنى البصرة مثلا أو بغدادية سكنى البصرة يوم الغلة والاصل أن ما كان لا يزول  
 فهو كالاسم العلم وكذلك إذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجود يوم الوقف بخلاف الفقير وسكنى البصرة  
 يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج يسقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كالأبى  
 على أن من تزوجت سقط سهمها فزوجت بواحد ثم طلق لا يعود إلا أن كان نص على ذلك وكل من مات  
 من المستحقين إذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقي فقد تنتقض القسمة في كل سنة  
 ويعطى الغنى والفقير من الأولاد الآن يعين المحتاجين من ولده فيلزم أن ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يثبتها  
 عند القاضي ولو تعارضت بين تناقضه وغناه حرم تقديم البينة غناه لأنما أكثر انما تأومن ولذا قل من ستة أشهر  
 من وقت خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في بطن أمه ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من  
 في بطنها واستحق عند الخصاص لانه كان مخلوقا قبل مجي الغلة ولما لم له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين  
 ومن اقتقر بعد الغنى رجع اليه السكلى وفي وقف الخصاص رحمة الله لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى  
 استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا نظار الى من كان فقيرا وقت الغلة ثم  
 استغنى فاعطيه بخلاف من لم يكن موجودا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا بل ما بعده او كذا  
 لو خص عميان أو ولاده ونحوه تعيينوا المحتاج الذى يصرف اليه من تدفع اليه الزكاة ولا يكون له أرض أو دار  
 يستغلها وان لم تغنتها بكفايته حتى يبيعها وينفق ثمنها أو يفضل منه أقل من نصاب بخلاف الدار التى  
 يسكنها وعبد الخدمة وليس الموقوف عليهم الدار سكنها بل الاستغلال كإليس للموقوف عليهم السكنى  
 الاستغلال واعلم أنه إذا ذكر أولاده وأقارب به صرح للغنى والفقير منهم الآن ينخص الفقراء كذا كرنا وأما  
 غيرهم قال شمس الأنعم إذا ذكر مصرفاتهم تنصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون أو لا يحصون  
 لأن المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفهم استوى فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح  
 لهم باعتبار أعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الآن كان في لفظه ما يدل على الحاجة استعمال بين  
 الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون أغنيائهم فاتبني على  
 هذه ما لو وقف على الرجال أو النساء أو المسلمين أو الصبيان أو على مضر أو بيعه أو على نعيم أو بنى هاشم  
 لا يجوز شئ من ذلك لا تنظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا يميز فى الاستعمال ونص الخصاص على ان  
 الوقف على الزمنى والعميان والعوران باطل من قبل أنه ينظم الغنى والفقير وهم لا يحصون وكذا على قراء  
 القرآن وعلى الفقهاء أو قال على أصحاب الحديث أو الشعراء كل ذلك باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط  
 الذى ذكره شمس الأنعم أنه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء وأهل الحديث ويصرف للفقراء  
 منهم كاليتامى لا شعار الاسماء بالحاجة استعمالا لان العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم  
 الفقير وقد مر صرح فى الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسئلة المذكورة فى آخر فصل  
 المسجد من الهداية تفيد ذلك وهى ما إذا جعل غلة أرضه وقفه على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة  
 مع ان اسم الغزاة ينتظم الغنى والفقير وهم لا يحصون غير انه بشر بالحاجة ونص فى وقف هلال على جواره  
 على الزمنى ويدفع لفقراءهم وصرح فى وقف الخصاص بصحة الوقف على أرامل بنى فلان وانه لسكلى أرمله كانت  
 يوم الوقف أو حدثت سواء كن يحصين أو لا وهولاء الفقراء ممن اذا كانت بالغة من أعطى ممن أحزأ والأرمله  
 المسهقة كل بالغة كان لها زوج وطلقها أو مات وخالفوا فى الإياى فذا وقف على أياى بنى فلان وبعدهن  
 للمساكين أو أياى قربانين ان كن يحصين فالوقف بائز وغلب للغنى والفقيرة وان كن لا يحصين لم يجز الوقف  
 فيكون للمساكين والايم المسهقة كل أنى جو ممت ولو بغير ور ولا زوج لها بالانعمه ولا ولو قال على كل نيب  
 من بنى فلان أو من قربانين فان كن يحصين جاز لهن ولكل من يحدث ممن وان كن لا يحصين فى وقت قسمة

\*(كتاب البيوع)\*

من القسم فهو باطل والغلة للمساكين والشيب كل من جومعت ولو بغير رولها وزج أولا وان لم تبلغ ولا بكرا قرابتى أو بنى فلان فان كن يحصين فهو لهن ولبن يحدث أبدا وان كن لا يحصين فالوقف عليهن باطل وهو للمساكين والمكرم من لم تجامع وان كانت العذرة زائلة وفى كل ما لا يحصى من ذكرنا أنه لا يصح معه الوقف لو قيد فقال للفقراء منهن جاز ومن أعطى أجزأ كالوقف على الأقارب وقف على أهل بيته ثم المساكين دخل الغنى والفقير بمن يناسبه الى الاب الذى أدرك الاسلام أسلم ذلك الاب وألا بمن كان موجودا حال الوقف أو حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لاقبل من ستة أشهر من مجى الغلة ولو كانوا مرقوقين لقوم أو كفارا أو ذميين ولا يدخل فى ذلك الاب ويدخل أبوالواقف وأجداده وولده لصلبة وولاد الذكور منهم وان سفلوا ولا تدخل أبناء البنات من ولده الا اذا كان أبأؤهم بمن يناسبه الى ذلك الجد الذى أدرك الاسلام ولا يدخل للواقف ولا أولاد عماته ولا أولاد اخوانه اذا كان أبأؤهم من قوم آخرين وقوله على آلى وجنسى كاهل بيتى ولا يخص للفقراء منهم الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء حيث يكون ان يكون فقيرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف ولا يتقيد بمن كان غنيا فافتقر على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو بمن يناسبه الى أقصى أب فى الاسلام من قبل أبيه وألى أقصى أب له فى الاسلام من قبل أمه لكن لا يدخل أبوالواقف ولا أولاده لصلبه وفى دخول الجد روايتان وظاهر الرواية لا يدخل ويدخل أولاد البنات وأولاد العمات والحالات والاجداد العلون والجدات ورجى وأرحامى وكل ذى نسب منى كالقرابة وعلى عمالى يدخل كل من كان فى عياله من الزوج والولد والجدات ومن كان بعوله من ذوى الرحم وغير ذوى الرحم واذا عزف هذا فلو قال على أهل بيتى فاذا انقرضوا فعلى قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل أبيه ولو عكس فقال على قرابتي فاذا انقرضوا فعلى أهل بيتى لم يصح ومثله لو قال على اخوتي فاذا انقرضوا فعلى اخوتي لا بى وله اخوة متفرقون اذ بعد انقراض السك لا يبقى له أخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى جيرانه يجوز ثم هم عند أبي حنيفة قرضى الله عنه الملاصقون فهو ولجميع من فى كل دار لاصقة من الاحرار ولو كانوا أهل ذمة والعبيد بالسوية قربت الابواب أو بعدت وعند أبي يوسف هم الذين تجتمعهم محلة واحدة أو مسجد واحد فان جمعهم محلة واحدة وتفرقوا فى مسجدين فهى محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدا وكان مسجد عظيم جامع فكل أهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد بن الملازقون السكان سواء كانوا المسكين للدار أو لا وسباني بقيمة هذا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقاء ومن النقل من الجوار على الخلاف فى الجار بطل حكمه من الوقف

\*(كتاب البيوع)\*

عرف أن مشروعات الشارع منقسمة الى حقوق الله تعالى خالصة وحقوق العباد خالصة وما اجتمع فيه الحقان وحقه تعالى غالب وما اجتمع فيه حق العباد غالب فحقوقة تعالى عبادات وعقوبات وكفارات فابتدأ المصنف بحقوق الله تعالى الخالصة وغيرها حتى أتى على آخر أنواعها ثم شرع فى حقوق العباد وهى المعاملات ثم فى ترتيب خصوص بعض الابواب على بعض مناسبات خاصة ذكرت فى مواضعها ووقع فى آخرها ترتيب أول أقسام حقوق العباد أعنى البيع على الوقف وجهه أن الوقف اذا صرح خرج المملوك عن ملك الواقف لا الى مالك وفى البيع الى مالك فنزل الوقف فى ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم على المركب فى الوجود فقدمه فى التعليم هكذا ذكر ولا يخفى ثم وعده فى المعاملات من زمان فان مات مقدم من اللقطة واللقط والمفقود

\*(كتاب البيوع)\*

البيع مبادلة المال بالمال بالتراضى وهو من الاضداد ويقع فى الغالب على خروج المبيع عن المالك قصد ادا ويتعدى الى المفعول الثانى بنفسه ويعرف الجرى يقال باعه الشيء وباعه منه والشرأه كذلك من الاضداد قال

\*(كتاب البيوع)\*  
لما فرغ من ذكر أنواع حقوق الله تعالى وذكر بعض حقوق العباد شرع فى بيان ما بقى منها وذكر البيوع بعد الوقف لان كلا منهما ما يزيل للمالك والبيع فى اللغة تمليك المال بالمال وزيد عليه فى الشرع  
\*(كتاب البيوع)\*

فقبل هو مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب وهو من الاضداد لغة واصطلاحاً يقال باع الشيء اذا اشراه ويقال باعه الشيء وباع منه ولا شبهة على انواع الاتي ذكرها جمعوه وجوازه ثابت بالكتاب بقوله تعالى وأحل الله البيع وبالسنة فانه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فقرهم على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة والاجماع فانه لم ينكره أحد من الملبين وغيرهم بالمعقول وهو سلب شرعيته فان تعلق البقاء المقدور بتعاطيها يدل على ذلك وقد بينا ذلك في التقرير برور كنهه الايجاب (٤٥٥) والتعبد أو مادل على ذلك وشرطه من جهة

العاقدين العقل والتمييز من جهة المحل كونه مالا متقوماً مقدور التسليم وحكمه افادة الملك وهو القدرة على التصرف في المحل شرعاً فلا يشك في تصرف المشتري في البيع قبل القبض بالبيع فانه متمتع بكونه ملكاً لان ذلك التصرف ليس بشري مطلقاً انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض هذا هو المقصود من شرعية البيع وقد يترتب عليه غيره كوجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعقوبة القريب وملك المتعة في الجارية والخيارات بطريق الضمن وأنواعه باعتبار المبيع أو بعبء بيع السلع عتلاً ويستثنى مبادلة بيعها بالدين أعني الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالدين ويسمى السلم باعتبار الثمن كذلك المساومة وهي التي لا تلتفت الى الثمن السابق والمرايعة والتولية ولوضعية سيأتي تفسيرها

(قوله فقبل هو مبادلة الخ)  
أقول يصرح الشارح في فصل في البيع من كتاب

والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر وقد يراد به المعقول فيجمع باعتبار ما يجتمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الأصل فجمع باعتبار أنواعه فان البيع يكون سلماً وهو بيع الدين بالدين والعين بالعين وقلب وهو البيع المطلق وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة وهو بيع العين بالعين وبخيار ومخار أو مؤجل الثمن ومراحتة وتولية ووضعية وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باع اذا أخرج العين عن ملكه وبعه أي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحر فباع زيد انشوب وبعه منه وأما مفهومه اغتور عاقلة فخر الاسلام البيع الغنة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغته إضافة لا يفهم من باع وباعز يد عبده الا أنه استبدل به بالتراضي وان الاخذ غصباً واعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باع وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع والسنة وهي قوله عليه الصلاة والسلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشيء يوجب بالصدقة وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقرهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو استعمل بائناً بعض حاجاته من حرق الارض ثم بذل القمح وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم نذر يتهتم بتنظيفه وطعمه بيده ومجنه وخبز لم يقدر على مثل ذلك وفي المكان والصوف للبس وبناء ما يظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلا بد من ان تدفع الحاجة الى أن يشتري شيئاً ويتدنى من اولة شيء فلولم يشترع البيع سبباً لذلك في البدل لان احتياج أن يؤخذ على التغلب والمقاورة أو السؤال والشهادة أو يصبر حتى يموت وفي كل منها ما لا يخفى من الفساد وفي الثاني من الدل والصغار ما لا يقدر عليه كل أحد ويزري بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المالكين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام الحسن وشرطه في المباشرة التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك أو وكالة أو وصية أو قرابة وغير ذلك فصع بيع الصبي والمعتوه الذين يعقلان البيع وأثره في المبيع كونه مالا متقوماً عامقرو التسليم في الحال أو في نائي الحال فبدخل السلم وقد قالوا شرطه منها شرط الانعقاد وهو التميز والولاية وتكون المبيع متقوماً منها شرط النفاذ وهو الملك والولاية يتحقق اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة ممن له الولاية وأما ركنه فالفعل المتعلق بالبدل من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فلهما وهذا مفهوم الاسم شرعاً وقد يكون ذلك الفعل قولاً وقد يكون فعلاً غير قول كافي التعاطي كإسائة وقد يكون الرضا بتأويل لا يكون فان لفظ بعث مثلاً ليس علة لثبوت لربا بل أماره عليه قد يتحقق مع انتفائه كالغرم الرطب للمطر فكذلك يتحقق بعث واشترت ولا ريب ان كافي بيع المكر وهذا على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع

الله تعالى وشروطه ثمن بخس وراهم أي باعوه ويقع في الغالب على اخراج الثمن عن الملك قصداً وانما جاع المصدر على تاويل أنواعه كبيع العين بالعين ويسمى مقايضة ويكون كل واحد منهما مبيعاً وثناء وبيع العين بالثمن وهو المطلق وبيع الثمن بالثمن وهو الصرف وبيع الدين بالدين وهو السلم وبيع التسليم وهو التولية وهو البيع بالثمن الاول بلاز يادقو بيع الوضعية وهو البيع بالنقصان عن الثمن الاول والكل مشروع اذا البيع يطلق على الكل وقيل ان أنواع البيع ترتقي الى عشر بنوعاً أو أكثر والكل مذكور في النهاية وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا والسنة قال عليه السلام يا معشر التجار ان بيعكم

الوكالة بان هذا الحد وكل واحد من البيع والشراء فكل ماصدق عليه هذا الحد يبيع من كل وجهه وشراء من كل وجهه فراجع (قوله فان تعلق البقاء المقدور) أقول من القدر (قوله ومن جهة المحل كونه مالا متقوماً) أقول المتقوم شرط البيع الصحيح والكلام في ما يعي القاسداً أيضاً (قوله بيع السلع الخ) أقول المراد بالساعة ما يتجر به مطلقاً غير وضاع عقاراً لا مائلاً مابل العقار فلا يختل الحصر وسجيء في هذا الكتاب بعد رقتين تعميم السلع للذور والعبيد والشياب

قال (البيع ينقذ بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن يقول أحدهما بعث والاخر اشترى  
لان البيع انشاء تصرف

الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا (قوله البيع ينقذ بالايجاب والقبول) يعني اذا سمع كل كلام الاخر ولو  
قال البائع لم أسمع وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص  
المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لانه قال ينقذ بالايجاب والقبول فعملهما غير ثابت هو جامع ان البيع ليس  
الا بالايجاب والقبول لانهم اركنا على ما حققناه انما من ان ركنه الفعل الدال الى آخره هذا ولكن الظاهر  
أن المراد بالبيع هنا ليس الانفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم وما قبل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في  
المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادر على التصرف ليس غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي  
يثبت به قدرة التصرف فالمحقق من الشرع ان الاثبات الحكم المعلوم من تبادل المالكين عند وجود العقليين  
أعني الشطرين بوضعهما سبيله شرعا وليس هنا شيء ثالث فالملك هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف  
نخرج نحو الوكيل فاذا امتنع أن يراد الفعل الخاص لزم الاخر والايجاب لغة الاثبات لا شيء كان والمراد هنا  
اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أو لا سواء وقع من البائع كبعث أو من المشتري كان يبتدئ  
المشتري فيقول اشترى منك هذا بالف والقبول الفعل الثاني والافضل منه ما يوجب أي اثبات فسمى  
الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول وحيث لم يصح ارادة  
اللفظين بالبيع بل حكمه ما هو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينقذ بيبث أي الحكم فان الانقضاء  
انما هو للفظين لا للملك أي انضمام أحدهما الى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي وقولنا في القبول انه  
الفعل الثاني يفيد كونه أعم من اللفظ وهو كذلك فان الغرض من هذا الكلام بدهم فأكمله ثم  
البيع وأكمله حلال والركوب واللبس بعد قبول البائع اركبه بما تعلقه واللبس به كذا رضا بالبيع وكذا اذا قال  
بعثته بالف فقبضه ولم يقل شيئا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد  
معرفة الثمن فقط وسيأتي في جعل مسألة القبض بعد قوله بعثت بالف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر  
وفي ذواوي قاضخان قال اشترى منك هذا بكذا فصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز وكذا  
اشترى منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي فيصاف قطعه قبل التفريق وقوله (اذا كانا بلفظي الماضي) مثل أن  
يقول أحدهما بعث والاخر اشترى قال المصنف (لان البيع انشاء تصرف) أي اثبات تصرف يفسد

هذا يحضره اللغو والكذب فشو بو بالعدو وكذا بعث رسول الله عليه السلام والناس يتبايعون فقرهم  
على ذلك واتقر برأحد وجوه السنة وعليها جماع الامم والمعقول وهو أن الله تعالى جعل المال سببا لاقامة  
مصالح العباد وشرع التجارة طريقا الى اكتساب اذ كل ما يحتاج اليه كل أحد لا يوجد بما حاق كل موضع  
وفي الاخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد فشرعت التجارة بطريق التراضي واليه أشار بقوله  
تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض وأما سببه فتعلق البقاء المقسود  
بتعاطيها وقد عرف في أصول الفقه وأما ركنه فالايجاب والقبول على ما يبيى أو ما شرطه فانواع منها في العاقد  
وهو أن يكون عاقل مسلمين أو مناهي الآلة وهو أن يكون بلفظ الماضي ومنها في المحل وهو أن يكون مالا  
مستقوما وأن يكون مقسودا والتسليم ومنها التراضي ومنها شرط الحكم وهو الملك أو الولاية وأما حكمه  
وضعا وهو عبارة عن القدرة على التصرفات في المحل شرعا لا مانع وقولنا لا مانع احتراز عن تصرف  
المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع وذلك بمنع مع كونه مأكلا لنهى النبي عليه السلام عن بيع ما لم  
يقبض وأما وجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وتعلق التبريب وملك المتعة في الجارية والخيارات الثابتة في  
البيع فاحكام البيع لكن بطريق الضمن (قوله البيع ينقذ بالايجاب والقبول) الانقضاء عبارة عن  
انضمام كلام أحد العاقدين الى الآخر والبيع عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى  
يكون العاقد قادر على التصرف واليه أشار بقوله البيع ينقذ حديث لم يقل البيع هذان اللفظان والايجاب

قال رحمه الله (البيع ينقذ  
بالايجاب والقبول) الانقضاء  
ههنا تعلق كلام أحد  
العاقدين بالآخر شرعا  
على وجه يظهر أثره في المحل  
والايجاب الاثبات ويسمى  
ما تقدم من كلام العاقد  
ايجابا لانه يثبت لأخر  
تأثير القبول فاذا قبل يسمى  
كلامه قبولا وحيث نصد  
لانقضاء في وجه تسمية  
الكلام المتقدم ايجابا  
والتأخر قبولا وشرطه أن  
يكون الايجاب والقبول  
بلفظين ماضيين مثل أن  
يقول الموجب بعث والمجيب  
اشترى لان البيع انشاء  
تصرف شرعي

قال المصنف (البيع ينقذ  
بالايجاب والقبول الخ) اقول  
يجب من المصنف في آخر  
باب ما يجب فيه الشفعة  
وما لا يجب ان أحد البيع  
مبادلة المال بالمال  
بالتراضي



وكل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع فالبيع يعرف به أما أن البيع انشاء فلان الانشاء اثبات مالم يكن وهو صادق على البيع لاحتماله وأما كونه شرعيا فلان الكلام في البيع شرع أو أمان كل ما هو كذلك فهو يعرف بالشرع لان تأتي الامور الشرعية لا يكون الامنه والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار لغة في الانشاء فينقله هذا تقرير كلام الشيخ رحمه الله فلا بد من ضم شيء الى ذلك وهو أن يقال وكان استعماله بلفظ الماضي والا لا يتم الدليل وهو ظاهر قال رحمه الله (ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضي والاخر بلفظ المستقبل) وانما لا ينعقد بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصر اعليه ولان لفظ المستقبل ان كان من جانب البائع كان عدة لايضا وان كان من جانب المشتري كان مساومة وقبل هذا اذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلا بدون نية الايجاب في الحال وأما اذا كان المراد ذلك فينقل البيع وأسند ذلك الى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوي ثم قيل في تعليقه (٤٥٧) لان صيغة الاستقبال تحمل الحال

فصححت النية وقيل لان هذا اللفظ وضع للعال وفي وقوعه للاستقبال ضرب يجوز وفيه بحث لان المذكور لفظ المستقبل وهو انما يكون بالسين أو سوف وهو لا يتحمل الحال ولا وضع له فان أراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك فلا يخفى في عدم انعقاد البيع به ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل وان أراد ما يتحمل الاستقبال وهو صيغة المضارع فيجوز أن يقال انه لم يقل بالجواز به وان كان بالنية لان انما تعمل في المحتملات لان الموضوعات الاصلية والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال على ما عرف فلا يحتاج الى النية ولا ينعقد به لما مر من الامر والمعقول لا يقال سالنا انه حقيقة في الحال لكن النية انما هي لدفع المحتمل وهو العدة لا لارادة الحقيقة لان المعهود ان المجاز يحتاج الى

والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينقله ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل والاخر لفظ الماضي

حكى ثبت جبرا (والانشاء على هذا الوجه لا يعرف الا بالشرع) لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ عليه والعبد لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن أو ما سيكون وطلبه فقوله لم من الانشاء التنبؤي والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية ما لا خارج لعنايه بطلانه أو لا يطابقه انشاء وهو بعم ماذ كرو غيره بما يبينه ألا ترى أن لفظ لعل زيدا يأتي وليت لي مال ليس عليه أثر جرح ذلك أو غنائه بل دال على الترحي والتنبؤ القائم بالمتكلم كانه أخبر عن قيامه ما به غير أن أهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا بخلاف بعث وطالب فانه عليه تثبت به شرعا معان لا قدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا الوجه لا يمكن الا بغير الخلق والامر تبارك الله رب العالمين سواء سمى غيره انشاء اصطلاحا ولا وإذا كان الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يوضع له في اللغة لفظ يخصه والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر أي وضعه عليه لاثباته تعالى ذلك المعنى عنده فينقله أي يثبت به وأما تعليله بان لفظ الماضي أدل على الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق الوجود سابقا فاختبره فربما يعطى قصر العلية عليه وليس كذلك بل الوجه انه تعليل أولوية لفظ الماضي بان يستعمل فيه من غير فانه لا يقتصر عليه كما تستمع (قوله ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل

عبارة عما يتقدم من أحد العقادين من قوله ما بعث واشترت والدليل عليه ما ذكره مطلقا بعده هذا بقوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع والمراد من الايجاب ههنا هو الاثبات لأن يكون المراد منه الزام حكم على وجه ما تم صاحبه عند تركه لانه لا ولاية لايته لاحدهما على الاخر في قوله بعث يثبت كلام نفسه أو يثبت الجواب على الاخر ما بالرد أو بالقبول وذلك لان الايجاب فعل والفعل صرف الممكن من الامكان الى الوجوب أي التحقق والثبوت فان قوله بعث قبل أن يتكلم به البائع كان في حيز الجواز لما قال بعث فقد صرف ذلك الجواز الى الثبوت فكان هو مثبتا لكلامه أو مثبتا للجواب على الاخر فعلى الوجه الاول كان ينبغي أن يسمى القبول ايجابا أيضا لأن المشتري لما قبل ما أوجبه البائع يسمى قبول التمسيز بين السابق واللاحق (قوله والانشاء يعرف بالشرع) وهو اثبات مالم يكن ثابتا لان الواضع لم يضع للانشاء لفظا خاصا فاستعمل اللفظ الذي وضع للاخبار عن الماضي لان انشاء وانما يخص بلفظ الماضي لانه يستدعي سبق المنعبره ليكون الكلام صحيحا عقلا وحكمة فكان الوجود قوله بقتضى الحكمة فاذا قصد الانشاء اختيار اللفظ الذي لزمه الوجود وهو لفظ الاخبار عن الماضي (قوله ولا ينعقد بلفظين) أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح فانه لو قال زوجني

(٥٨ - فتح القدير والكفاية - خمس) ما ينبغي ارادة الحقيقة لأن الحقيقة تحتاج الى ما ينبغي ارادة المجاز على أنه دافع للمعقول دون الانرفان قيل فما وجه ما ذكر في شرح الطحاوي فالجواب أن يقال المضارع حقيقة في الحال في غير البيوع والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ

(قوله والشرع قد استعمل الموضوع للاخبار الخ) أقول يجوز أن يقال أراد الشيخ بالموضوع للاخبار المعهود وهو لفظ الماضي والمراد بالاخبار الاخبار عن الكائن (قوله والفعل المضارع عند الخ) أقول في جميع العقود وفي غير البيوع والأول مخالف لما ذكره في توجيه كلام شرح الطحاوي والثاني لا يتم به التقریب (قوله هو اللفظ الماضي) أقول أي في البيوع (قوله والمضارع فيها مجاز) أقول ضمير فيها راجع الى الحال وكذلك ضمير فيها من قوله والحقيقة الشرعية فيها راجع الى الحال أيضا (قوله لان المعنى هو المعتبر الخ) أقول نية أن الاعبار في المعاوضة أيضا المعنى كما صرح به المصنف ههنا ومساح الحاشية الى اللفظ انما هو لبعده عن علم العوام

بـخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضى بكذا أو أعطيتك بكذا أو أخذ بكذا فى معنى قوله بعث واشترى لانه يؤدى معناه والمعنى هو المعترف فى هذه العقود

بـخلاف النكاح) فانه اذا قال زوجنى فقال زوجتك ينعقد بمجرد ذلك أما البيع فاذا قال بعينه بألف فقال بعثك لا ينعقد حتى يقول الاول اشترى وتنعوه وهذا ونحوه مما قال الطحاوى انه ينعقد بثلاثة ألفاظ قال (وقد مر الفرق هناك) يعنى قوله لان هذا توكيل يعنى زوجنى فاذا قال زوجتك كان بمثابة امر الموكل من زوجه ووليا لمن زوجهما والواحد ينولى طرفى عقد النكاح بخلاف البيع وقد مر من قال ان لفظة الامر فى النكاح جعلت ايجابا لان النكاح لا يصح بالطهية فيه وطلبه الا بعد امر اجبات وامل واستخارة غالبا فلا يكون لفظ طاهيه أعنى زوجنى مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسبوقا بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الآخر وعلى هذا لا يتم فرق المصنف لانه مبنى على كونه توكيلا وأما الفرق بان رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فبنى على جعل الامر فيه ايجابا ثم فيه نظر لانه لو صح لزمت امتناع رجوعه بعد قوله زوجنى بـتلك قبل قوله زوجتك لانه أيضا شين وانكسار يلحقهم وهذه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيها عن الايجاب ومنها النكاح والخلع يقع فيها ايجابا والخامسة اذا قال اعبدته اشترى نفسك منى بألف فقال فعلت عتق السادسة فى الهبة قال هب لى هذا فقال وهبة منك تمت الهبة السابعة قال لصاحب الدين أرتنى عمالك على من الدين فقال أرتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال أكفل بنفس فلان فلان قال كفلت تمت الكفالة فاذا كان غائبا فقدم وأجاز كفالته مجاز واعلم أن هدم الانعقاد بالمستقبل هو اذالم يتصادق على نية الحال أما اذا تصادق على نية البيع فى الحال فينعقد به فى القضاء لان صيغة الاستقبال تحتل الحال فيثبت بالنية ذكره فى التحفة فى صفة الاستقبال مطالعا وفى الكافى قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوى لان المضارع فى الامسلى موضوع للحال ووقوعه فى الاستقبال نوع يجوز اه وعلى هذا ينبغي أن يقبل قوله اذا ادعاه وكذبه الآخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلا بدعى فى قوله يعنى أنه أراد معنى اشترى به بكذا ينبغي أن لا يصدق القاضى مثال ذلك أن يقول أبيع منك هذا بكذا أو أعطيكه فقال اشترى به أو آخذه ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذى ينعقد به نية الحال هو المضارع وتسمية مستقبل على أحد القولين والا فالحتم أن موضوع الحال وأما الامر فلا يوجد فى شئ من الكتب التمثيل به لذلك مع انه هو المستقبل فى الحقيقة وذلك لانه انشاء وينه وبين الاخبار كمال انقطاع فلا يجوز به فيه فلا يقال بعينه والمراد اشترى به فلا ينعقد به الا فى قوله خذ بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل الامر المضارع المقرون بالسين نحو سأبيعك فلا يصح به الا يجوز به فى معنى بعثك فى الحال فان ذكر السين يناقض ارادة الحال واعلم أن كون الواحد ينولى طرفى العقد فى البيع مخصوص منه الاب يشترى مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه الوصى عند أبي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه بشرطه المعروف فى باب الوصية وقيد فى نظم الزندوستى بما اذا لم يكن نصبه القاضى (قوله وقوله رضى) هذا بدرهم فقال بعثك وقال اشترى به بدرهم فقال رضى أو قال بعثك بكذا فقال فعلت أو أجزت أو أخذت كل هذه الالفاظ من قبل البائع أو المشتري يتم بها البيع لا فادتها الثبات المعنى والرضاه وكذا لفظة خذ بكذا ينعقد به اذا قبل بان قال آخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعنى الامر بالاخذ يستدعى سابقة البيع فكان كالماضى الآن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذ به بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعثك عبدى هذا بألف فقال فهو حر عتق ويثبت اشترى اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق وانما صح بهذه ونحوها (لانه تؤدى معنى البيع والمعنى هو المعترف فى هذه العقود) ألا ترى الى ما قالوا وقال وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بشئ بك هذا فرضى فهو بيع فقامت عليه وهذا

الماضى والمضارع فيها مجاز فيحتاج الى التيسير فقلوه (بـخلاف النكاح) يعنى انه ينعقد بذلك فان أحدهما اذا قال زوجنى فقال الآخر زوجتك انه قد قد مر الفرق هناك وهو ما قال ان هذا توكيل بالنكاح والواحد ينولى طرفى النكاح قال رضى الله وقوله (رضيت أو أعطيتك) هذا البيان ان انعقاد البيع لا ينصرف فى لفظ بعث واشترى بتبل كل ما دل على ذلك ينعقد به فاذا قال بعث منك هذا بكذا فقال رضى أو أعطيتك الثمن أو قال اشترى منك هذا بكذا انقال رضى أو أعطيت أى البيع بذلك الثمن انعقادا فاد المعنى المقصود وكذا اذا قال اشترى هذا منك بكذا فقال خذ يعنى بعث بذلك فخذ لانه أمره بالاخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقل البيع اقتضاء فصار كل ما يؤدى معنى بعث واشترى سواء فى انعقاد البيع به لان المعنى هو المعترف فى هذه العقود وقيد بذلك لان بعض العقود قد يحتاج الى اللفظ ولا ينعقد بدونه كفى المعاوضة اذالم يبيننا جيع مائة تضييه ولهذا

فقال الولي زوجتك ينعقد النكاح والفرق أن النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة والخطبة وهما يدلان على أن

ولهذا ينبغي التعاطي في النقيض والخسيس هو الصحيح لتحقيق المراضة

بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احتراز عن الطلاق والعناق فان اللفظ فيها يقام مقام المعنى وانت تعلم ان اقامة اللفظ مقام المعنى اثر في ثبوت حكمه بلانية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود ذلك اقتضى ان لا يثبت بمجرد اللفظ بلانية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا اراد به وحيد فلا فرق بين بيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بيع هو لا فلامعنى لقوله ينعقد بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم تعييده بما اذا لم ينوبه فانه ينعقد به في الماضي وغيره ما ينية ولا ينعقد بالماضي وغيره بلانية ومن الصور لفظه نعم تقع ايجابا في قول المستفهم ابيعني عبدك بالف فقال نعم فقال اخذته فهو بيع لازم وكذا ابيعك ومنها اشتريتك منك بالف فقال نعم او هات الثمن انعقد وكذا اذا قال هذا عليك بالف فقال فعلت ولو قال هات لك بالف او ان اعجبك او ان اؤرت فقال واقفي او اعجبني او اؤرت انعقد ولو قال بعثتك بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان اؤيت ثمنه فقد بعته منك فاؤدي في المجلس جاز استحسانا \* (فروع) \* في اختلاف الايجاب والقبول قال بعثتك بالف فقال اشتريتك بالغين جاز فان قبل البائع الزيادة ثم بالغين والاصح بالف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة في ملكه بلارضاه ولو قال اشتريتك بالغين فقال البائع بعثتك بالف جاز كانه قبل بالغين وحط عنه لقا ولو ساومه بعشرة فقال بعشر من قبضه من يده ولم يمنعه لم يفسد بشره فلو كان في يد المشتري من اول الامر فذهب به والباقي بحاله فبعشر من عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزم يا خرهم كلاما مطاوعا ولو قال بعثتك بالف بعثتك بالغين فقال قبلت الاول بالف لم يجز لان البائع قدر جمع عنسه وليس هكذا في الطلاق والعناق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة آلاف فهو كقوله قبلت الآخرة بثلاثة آلاف يعني يكون البيع بالغين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها وكذا بالف بمائة دينار انما يلزمه الثاني وقيل يلزمه الثمن الاول في الزيادات وهو اوجه واذا قبل الزيادة في المجلس لم يفسد (قوله ولهذا ينعقد) أي ولان المعبر هو المعنى ينعقد (بالتعاطي في النقيض والخسيس) قيل النقيض نصاب السرقة فصاعدا والخسيس مادونه (وقوله هو الصحيح) احتراز من قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط وارا بالخسيس الاشياء المحترقة كالقبل والريغف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال ابو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرومان فوضع عنده فلسا واخذ مائة ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح ان المعنى هو دلالة على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلامعنى للتفصيل وفي الايضاح هو خلاف ما ذكره محمد في الاصل في مواضعه وفي شرح الجامع الصغير لغير الاسلام في رجل قال لرجل يعني هذا العبد لعلان فاشتراه ثم أنكر ان يكون فلان أمره بذلك ثم جاء فلان فقال أنا امرته قال ياخذ فلان قال لم أمره وقد كان اشتراه لم يكن له الا أن يسلمه المشتري له فان سلمه وأخذ الذي اشتراه له كان يبعه للذي أخذ من المشتري وكأن العهد عليه أي لا يأخذ على المشتري فدل على صحة التعاطي في النقيض وفي المنتقى له على آخر ألف درهم فقال الذي عليه المال الذي له المال أعطيتك بذلك دينار فساومه بالدينار ولم يقع بيع ثم فارقته فجاءه بها فدفعتها اليه يريد الذي كان ساوم عليه ثم فارقته ولم يستأنف بيعا جاز هذه الساعة وكذا لو ساوم رجلا بشئ وليس معه وعاء ثم فارقته وجاءه بالوعاء فاعطاه الثمن

المراد الحلال أما البيع فيقع بغتة فيجعل قوله ابيعك عدة وبعي استيما وطلب اذ لا يدل على الوجوه ولا بجعله ولان قوله ز وجبتي نفسك تفويض العقد اليها فيجعل قولها ز وجبته قد انما لان بكلام الواحد ينعقد النكاح اذا كان مأمورا به واذ لا يتأق في البيع لان بكلام الواحد لا ينعقد البيع من الجانبين اذ لم يكن أحدهما مولى عليه من الآخر ولا يلزم عليه أنه لو قال خذ بالف فان البيع ينعقد به لانه أمره بالاخذ بالالف وليس له ولاية الامر بالاخذ بالالف الا بالبيع فيثبت البيع اقتضاء كانه قال بعثتك بكذا فخذ (قوله في النقيض والخسيس هو الصحيح) المراد من النقيض ما يكثر ثمنه كالعبيد والاماء ومن الخسيس ما يقل ثمنه كالقبل

(ولهذا) أي ولكون المعنى هو المعبر في هذه العقود (ينعقد البيع بالتعاطي في النقيض والخسيس لتحقيق) المقصود وهو التراضي وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخي البيع ينعقد بالتعاطي في الخسيس كالقبل وأمثاله ثم ان محمدا رحمه الله أشار في الجامع الصغير الى أن تسليم المبيع يكفي في تحققه

قال المصنف ( لتحقيق المراضة) أقول سيصرح في باب الو كالة بالشراء بكفاية التسليم على وجهه البيع للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وفي النهاية في فصل ما يعمله الشاهد التعاطي ببيع حكيم وليس ببيع حقيقي



والكتاب كالمطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة

عن الايجاب لانه لم يثبت له حق بطلان الاخر بل معارض أقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك والموجب هو الذي اثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك ودلالة الاجماع تنفيه ألا ترى ان اللابحق التملك لمسال ولله عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد أن يتصرف فيه كيف شاء ولو صادف رد البائع قبول المشتري بطل وأورد في الكافي الزكاة المجعولة ليس له حق استردادها كقول حق التملك للفقير وحاصل جوابه ان الاصل الموجب للدفع قائم وهو النصاب وانما الفاتت وصفه وهو النماء فبعد أخذ السبب حكمه ثم الامر وفيما نحن فيه لم يوجب الاصل بل شرطه فلا يكون البيع موجودا وله أن يقبل مادام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه من شى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب فاضحيان حيث قال فان قام أحدهما بطل يعنى الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح أقوى من الدلالة فلو قال بعد القيام قبلت ينبغى أن لا يثبت الاعراض قلنا الصريح انما كان أقوى ويعمل اذا بقي الايجاب بعد قيامه وهنالك يبقى فان الاصل أن لا يبقى القطع بعد الفراغ منه ولا يجمع قوله قبلت به الآن للمجلس أثرا في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفرقات وهذا شرح لقوله فيما ياتي وأجم ما قام الى آخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما عشيان أو يسيران لو كانا على دابة واحدة فاجاب الآخرون لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره انه أن أجاب على فور كلامه متصلا جاز وفي الخلاصة عن النوازل اذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز ولا شك أنهما اذا كانا عشيان متصلا لا يقع الايجاب الا في مكان آخر بلا شبهة ولو كان المخاطب في صلاة فرقة فصرغ منها أو أجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم الركعة الايجاب أخرى ثم قبل جاز بخلاف ما لو اكملها أو بعاولو كان في يده كوز فشرب ثم أجاب جاز وكذا لو أكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالا كل ولو ناما جالسين لا يتخلف ولو مضطجعين أو أحدهما فمضى فرقة والسفينة كالبيت فلو عتدا وهي تجري فاجاب الآخرون لا يقطع المجلس بجر بانها لانهما لا يمكن ان يعاقها وقبل يجوز في الماشيين أيضا ما لم يتفرقا بذاتيهما أما المبيت بلا افتراق فلا وهكذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعتك بالف ثم قال لا تخربعتك بالف فبلا فمضى للثاني لا الاول ولو قال بعتك بكذا فلم يقبل حتى قام البائع في حاجة بطل (قوله والكتاب كالمطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة) فصوره الكتاب أن يكتب أما بعد فقد بعت

على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه وهذا صح إراء الكفيل للمكفول عنه قبل أداء الكفيل والإبراء عن الدين قبل الدين لا يصح الآن المطالبة تتأخر الى وقت الاداء فتكون بمنزلة الدين المؤجل فذلكه بقبضه وأما ههنا فبمجرد ايجاب البيع لم يثبت للمشتري في المبيع ملك ولا حق قبل شرائه غاية الامر أنه يثبت للمشتري حق التملك ولكن هذا يعارض حقيقة الملك فلو لم يكن للموجب الرجوع لزم تعطيل حق المالك بحق التملك وهذا لا يجوز ألا ترى أن اللابحق التملك في مال الابن ثم قبل تملكه يجوز له التصرف كيفما شاء وأراد (قوله والكتاب كالمطاب) وهو أن يكتب فيقول أما بعد فقد بعت عبدي فلان ملكك بالف درهم فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك اشتريت أو قال قبلت ثم البيع بينهما وكذا الارسال وهو أن يرسل رسولا فيقول البائع بعت هذامن فلان الغائب بالف درهم فاذهب يا فلان فعقل له فذهب الرسول فأنخبره بما قال فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت أو قال قبلت ثم البيع بينهما لان الرسول معبر وسفير لنقل كلامه اليه فاذا اتصل به الجواب ينعقد وكذا الجواب في الاجارة والهبة والكتاب فاما في الخلع والعق على مال فانه يتوقف شرط

فالجواب أنهم ما اشتملوا على  
البين من جانب الزوج  
والمولى فكان ذلك مانعا عن  
الرجوع في المجلس فيتوقف  
الايجاب فيهما على ما رواه  
المجلس قال رحمه الله  
(والكتاب كالمطاب) اذا  
كتب أما بعد فقد بعتك  
عبدي فلان بالف درهم أو  
قال لرسوله بعت هذامن  
فلان الغائب بالف درهم  
فاذهب فأنخبره بذلك فوصل  
الكتاب الى المكتوب اليه  
وأخبر الرسول المرسل اليه  
فقال في مجلس بلوغ الكتاب  
والرسالة اشتريت أو قبلت  
ثم البيع بينهما لان الكتاب  
من الغائب كالمطاب من  
الحاضر لان النبي صلى الله  
عليه وسلم كان يبلغ تارة  
بالكتاب وتارة بالمطاب  
وكان ذلك سواء في كونه  
مبلغا وكذلك الرسول معبر  
وسفير لنقل كلامه اليه

قال رحمه الله (وليس له أن يقبل في بعض (٤٦٣) المبيع) يعني إذا أوجب البائع المبيع في شيئين فصاعداً وأراد المشتري قبول العقد في

وليس له أن يقبل في بعض المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفة

عبدى منك بكذا فلما بلغه الكتاب وفهم ما فيه قال قيات في المجلس انعمدو الرسالة أن يقول اذهب الى فلان وقال له ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجاء فآخبره فاجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعث عبدى فلانا من فلان بكذا فاذبح يا فلان فآخبره فذهب فآخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل لما قبل اتصل اغضبه بلفظ الموجب حكماً ولو بلغه بغير أمره فقبل لم يحز لانه ليس رسولاً بل فضولاً ولو كان قال بلغه يا فلان فباعه غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعينه لا يتم ما لم يقل الاول قيات وأما ما ذكر في المبسوط لو كتب اليه يعني بكذا فقال بعته يتم المبيع فليس مراد محمد ههنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والمبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به المبيع وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فعني من الحاضر يكون استيلاء عادة وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شرطى العقد هذا ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الآخر وقوله سواء علم الآخر أو لم يعلم حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم المبيع بخلاف ما لو وكل بالمبيع ثم عزل الوكيل قبل المبيع فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل المبيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة والكتابة فاما الخلع والعق على مال فانه يتوقف شعار العقد في حق المرأة والعبد بالاجماع اذا كانا غائبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو أن تقول المرأة دخلت تزوجى وهو غائب أو يقول العبد قبلت عتق سبى الغائب على ألف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح من الخلاف فعند أبي يوسف يتوقف وعندهما لا (قوله وليس له أن يقبل الى آخره) يعني إلا أن رضى الآخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كعبد واحد ومكبل أو موزون فان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثنوبين وعبدان لا يجوز وان قبل الآخر ولتسكم على عبارة الكتاب ههنا فانه مما يقع فيه استحباب فنقول الظاهر من نظم الكلام أن ضميره في قوله وليس له راجع الى أحد المتعاقدين في قوله وإذا أوجب أحد المتعاقدين المبيع أولاً ثم روي حيث يكون أعم من البائع والمشتري فعنه في البائع انه اذا أوجب المشتري المبيع بأن قال اشترى هذه الاثواب وهذا الثوب بعشرة فليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع من اثواب أو الثوب بعدم رضا الآخر بتفرق الصفة لانه قد يتعلق غرضه بالمال بسبب حاجته الى الكل ويعسر عليه تحصيل باقى الاثواب اعزها وبعضها لا يقوم بحاجته فلما أتمناه المبيع في البعض انصرف ماله ولم تندفع حاجته وغير ذلك من الامور وأما في المشتري فعنه اذا أوجب البائع المبيع فليس للمشتري أن يقبل في بعضه اذا قد يتضرر بتفرق الصفة لان العادة أن يضم

العقد من الزوج والمولى على قبول الآخر واء المجلس بالاجماع حتى ان من قال خالعت امرأتى فلانة الغائبة على ألف درهم فباعها الخبر فاجازت أو قبلت مع وكذا الاعتاق على ما يتوقف على اجازة العبد وان كان غائبا بخلاف المبيع والشراء فانه لا يتوقف فاما في النكاح فلا يتوقف الشطر عنداً حنيعة ومحمد رحمه الله وعلى قول أبي يوسف رحمه الله يتوقف (قوله وليس له أن يقبل في بعض المبيع) وإذا أوجب البائع المبيع في شيئين أو ثلاثة وأراد المشتري أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر فهذا على وجهين ان كانت الصفة واحدة فليس له ذلك وان كانت متفرقة فله ذلك وهذا لان الصفة اذا كانت واحدة فالمشتري بقبول العقد في أحدهما يريد تفرق الصفة على البائع وفي ذلك ضرر بالبائع لان العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الردى الى الجيد في البياعات وينقصون شيئاً عن ثمن الجيد لترويج الردى بالجيد فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما فالمشتري يقبل العقد في الجيد وترك الردى على البائع فيزول الجيد عن ملك البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر بالبائع وقال القدوري رحمه الله إلا أن رضى البائع في المجلس نحو أن يقول بعثك هذا العبد بخمسين فيقول المشتري قبلت في نصفه فيرضى به البائع أو يقول بعثك هذين الغنيتين بعشرة فيقول

أحدهما لا غير فان كانت الصفة واحدة فليس له ذلك لتضرر البائع بتفرق الصفة عليه لان العادة فيما بين الناس أنهم يضمون الجيد الى الردى في البياعات وينقصون شيئاً عن ثمن الجيد لترويج الردى به فلو ثبت خيار قبول العقد في أحدهما لم يقبل المشتري العقد في الجيد وترك الردى فزال الجيد عن يد البائع باقل من ثمنه وفيه ضرر على البائع بالجملة وهذا التعليل في الصورة الموضوعة صحيح وأما اذا وضعت المسئلة فيما اذا باع عبداً بالمال مثلاً وقبل المشتري في نصفه فليس بصحيح والصحيح فيه أن يقال يتضرر البائع بسبب الشرية فان قيل فان رضى البائع في المجلس هل يصح أولاً أجيب بان القدوري قال انه يصح ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف إيجاب لا قبولاً ورضا البائع قبولاً وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصصة معلومة من الثمن كالصورة المذكورة وفي التفسيرين باعها بعشرة لان الثمن ينقسم صلها باعتبار الاجزاء فتكون حصصة كل بعض معلومة فاما اذا أضاف العقد الى عيدين أو ثوبين لم يصح العقد بقبول أحدهما وان رضى البائع لانه يلزم المبيع بالحصصة ابتداء وانه لا يجوز كما سيأتى وان كانت الصفة متفرقة كان له

الا

قوله لانه يلزم المبيع بالحصصة ابتداء وانه لا يجوز كما سيأتى وان كانت الصفة متفرقة كان له

(قوله لانه يلزم المبيع بالحصصة ابتداء وانه لا يجوز) أقول ويجوز بقاء ويجبى

ذلك لاتتفاء الضرر عن البائع واليه أشار بقوله (الاذا بين ثمن كل واحد لانهما صفقات معنى) والصفقة ضرب البس على البدق البيع والبيعة ثمن  
جعلت عبارة عن العقد نفسه والعقد يحتاج الى مبيع وثمن وبائع ومشترو وبيع وشراء واتحاد بعض هذه الاشياء مع بعض وتفرقها يحصل  
اتحاد الصفقة وتفرقها فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة وكذا اذا اتحد سوى المبيع كقوله بعتهما بمائة فقال قبلت واتحاد الجميع سوى الثمن  
لا يتصور فيكون مع تعدد المبيع كأن قال بعتهما بمائة فقال قبلت أحدهما بستين والآخر بأربعين وذلك يكون صفقة واحدة أيضا كما ذكر  
في الكتاب واتحاد الجميع سوى البائع كأن قال بعتهما بمائة فقال قبلت (٤٦٣) يوجب اتحاد الصفقة واتحاد الجميع  
سوى المشتري كأن قال بعته  
منكما بمائة فقالا قبلنا

الاذا بين ثمن كل واحد لانهما صفقات معنى قال (وأبهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب

البائعون الجسد الى الردي غير وجوبه فلو أن زمانه البيع بق الردي وذهب ما روجه به فيفسد بذلك  
ومعلوم أن القبول في بعض المبيع يكون ببعض الثمن فخذ منه المصنف للعلم به لكن على هذا الاحاطة لقوله  
ولأن يقبل المشتري ببعض الثمن لأن ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضهير للبائع  
ولفظ المشتري بالبناء للفاعل لتصح كلامه أي وليس للبائع أن يقبل في بعض المبيع الذي أوجب فيه  
المشتري المبيع ولأن يقبل المشتري في بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هنا البائع والحاصل أن عدم صحة  
القبول في البعض لا يلزم تفرق الصفقة فوجب أن يعرف بما اذا ثبت اتحادها وتفرقها فاعلم أنه يكون  
تارة من تعدد القابل وتارة من غيره فسامن تعدد القابل امتناعه من نفسه من الزام الشركة مثاله أن يقول  
البائع للمشتري بعتهما بمائة فقال أحدهما اشتريت دون الآخر تعددت فلا يلزم لأنه لو تم في النصف  
لأنه انما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لم يشر بكلا للبائع فدخل عليه عيب الشركة فلا  
رضاء وكذا لو قال رجل لسا لسي عينا اشتريت منك هذه بالف فبهاه أحدهما دون الآخر فان بيعه عينا يثم

المشتري قبلت في أحدهما فيرضى به البائع ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استئناف ايجاب لا قبول فاذا  
رضى به البائع في المجلس يصح قال وانما يصح مثل هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة من  
الثمن على نحو ما ذكرنا من المثال في العبد الواحد وفي العقبين لأن الثمن ينقسم عليهما باعتبار الاجزاء فتكون  
حصة كل قهين معلومة فاما اذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة نحو ان أضاف العقد الى عيسدين أو ثوبين لم  
يصح العقد اذا قبل المشتري في أحدهما وان رضى به البائع لأن القبول من المشتري لما جعل بمثله ابتداء  
ايجاب فاذا لم تكن حصة كل واحد منهما معلومة تلو جاز البيع في الذي قبل كان هذا ابتداء عقد بالحصة وأنه لا  
يجوز ولو قال بعتهك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بمائة فقبل المشتري البيع في أحدهما ذكر في بعض  
المواضع أنه يجوز وذكر في الجامع أنه لا يجوز إلا أن يقول بعتهك هذين العبدين بعتهك هذا بمائة وبعتهك هذا  
بمائة فقبل المشتري أحدهما حاز ما اذا لم يعد لفظ البيع كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول أحدهما وان سمي  
لكل واحد منهما ثمنًا فعلى هذا قوله في المتن الآن بين ثمن كل واحد لانهما صفقات معنى أي الآن يدرج تكرار  
لفظ العقد لان به تعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد ثم لا بد من بيان اتحاد الصفقة وتفرقها فنقول  
اذا اتحد البيع والشراء والثن بان ذكر الثمن له والبائع واحد والمشتري واحد فالصفقة متحدة قياسا  
واستحسانا وكذلك لو تفرق الثمن بان سمي لكل بعض من المبيع ثمنًا على حدة واتحد الباقي بان قال البائع  
بعتهك هذه الاثواب العشرة كل ثوب منها بعشرة كانت الصفقة متحدة أيضا وكذلك اذا كان البائع واحدا  
والمشتري اثنين والثمن ذكر جملة بان قال البائع لرجلين بعتهما منك بمائة فقال المشتري بان اشترينا هذا  
منك بمائة كانت الصفقة متحدة وهذا هو الكلام في الاتحاد أما الكلام في جانب التفرق فنقول ان تفرقت  
التسمية بان سمي لكل بعض ثمنًا على حدة ويكر البيع أو الشراء والبائع واحد والمشتري واحد بان قال

وههنا لو قال بعد القيام قبلت وجد الصريح فيترج على الدلالة أوجب بان الصريح انما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها

قال المصنف (الاذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى) أقول سيجي في آخر باب البيع الفاسد انه لاتتعدد الصفقة بمجرد تفصيل الثمن  
فالمراد هنا تكرار لفظ البيع والشراء مع بيان ثمن كل واحد (قوله فاذا اتحد الجميع اتحدت الصفقة) أقول تأمل في هذا التعبير (قوله وأما تعدد  
البائع مع تعدد الثمن الخ) أقول لو يعلم من هذا حال تعدد الثمن والبيع بدون تفرق البائع والمشتري بطريق الأولى وفيه شيء يمكن دفعه ولعل  
والأولى أن لا ينهض لتعدد البائع والمشتري



(وإذا حصل الإيجاب والقبول. ثم البيع وزم وليس لواحد من المتعاقدين الخيار الا من عيب أو عدم رقية) خلافاً للشافعي رحمه الله فإنه أثبت لكل منهما خيار المجلس على معنى أن لكل من المتعاقدين بعد تمام العقدان يرد العقد بدون رضا صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان واستدل على ذلك (بقوله صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) فان التفرق عرض فيقوم بالجور وهو الأبدان

البائع لرجل بع منك هذه الاقواب بعنك هذا عشرة وبعنك هذا خمسة اوقال المشتري اشترت منك هذه الاقواب اشترت هذا عشرة واشترت هذا خمسة كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق وأما اذا تفرق الثمن الا أنه لم يكرر لفظ البيع والشراء واختلف العقاد بان كان من أحد الجانبين اثنين أو كان من كل جانب اثنين ذكر في بعض المواضع أنها صفقة واحدة وذكر في بعض المواضع أنها صفقةتان قيل الاول استحسن والثاني قياس وقيل الاول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قول صاحب جبره رحمه الله ذكر في المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والشراء ثم جعلت عبارة عن العقد بعينه (قوله لان القيام دليل الاعراض) فان قيل اذا قال بعد القيام قبلت كان ينبغي أن ينقلان الصريح أقوى من الدلالة قلنا ان وجان الصريح على الدلالة انما يكون عند المعارضة وذلك انما يكون قبل أن يثبت الحكم بالدلالة فلما ثبت حكم الدلالة بنفس القيام الذي هو دليل الاعراض لم يعمل بعد ذلك صريح القبول وان كان هو أقوى في نفسه لانه انفسخ

(ولنا ان في الفسخ ابطال  
حق الآخر) وهو لا يجوز  
والجواب عن الحديث أنه  
محمول على خيار القبول وقد  
تقدم تفسيره وفيه اشارة  
الى ذلك لان الاحوال ثلاث  
قبل قبولهما وبعد قبولهما  
وبعد كلام الموجب قبل قول  
الموجب واطلاق المتبايعين  
في الأولين مجاز باعبار ما يؤول  
اليه أو ما كان عليه والثالث  
حقيقة فيكون مراداً أو يحتمل  
أن يكون مراداً فيحمل عليه  
والفرق بينهما أن أحدهما  
مراداً والآخر محتمل للإرادة  
لا يقال العقود الشرعية في  
حكم الجواهر فيكونان  
متبايعين بعد وجود كلامهما  
لان الباقي بعد كلامهما حكم  
كلامهما شرعاً لاحقيقة  
كلامهما والاكلام في حقيقة  
الكلام وهذا التأويل  
منقول عن ابراهيم النخعي  
(قوله وقد تقدم تفسيره الخ)  
أقول الذي تقدم تفسيره  
كان مختصاً بموجب الميجاب  
والمذكور في الحديث يعمله  
وجانب الموجب فالحق أن  
يفسر خيار القبول هنا باعم  
بما ذكرنا من خيار الرجوع  
كما لا يخفى (قوله والثالث  
حقيقة) أقول فيه بحث  
(قوله وهذا التأويل منقول  
الخ) أقول أي تأويل الخيار  
المذكور في الحديث بما ذكر

ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر لا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانها  
متبايعان حاله المباشرة لا بعدها

الخيار وندم الزوم قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا يخلص له من هذا الا أن يمنع تمام العقد قبل الخيار  
ويقول العقد المزمع عرف شرعاً وقد اعتبر الشرع في كونه ملزماً للخيار الرضا بعد الايجاب والقبول بالاحاديث  
الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي الا به شرعاً وانما باح لا كل بعد الاختيار لا اعتباره في التجارة عن  
تراض وأما حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه حيث قال له اذا ابتعت فعلى خلاصة وفي الخيار فقد أثبت  
له اشتراط خيار آخر وهو ثلاثة أيام فاما يدل على أن خيار ثلاثة أيام لا يثبت الا بالاشتراط في صلب العقد  
لا أصل للخيار ولا يخلص الا بتسليم امكان اعتبار الخيار في لزوم العقد وادعاء أنه غير لازم من الحديث المذكور  
كما فعل المصنف بناء على أن حقيقة المتبايعين المتشاغلين بامر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجازة  
والتشاغلان يعني المساومين يصدق عند ايجاب أحدهما قبل قبول الآخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو  
خيار القبول وهذا حل ابراهيم النخعي رحمه الله تعالى لا يقال هذا أيضاً مجاز لان قبل قبول الآخر الثابت  
باتم واحداً متبايعان لا نأقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها يجوز من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة  
له الاحال التسكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقة حال قيام المعنى بل على التعاقب في آخره  
فبالشرورة تصدق بخبر حال النطق ببعض حرف الخبر والا لا يتحقق له حقيقة ولا نأفهمهم من قول القائل  
زيد وعمر وهناك يتبايعان على وجه التبادر أنهم متشاغلان بامر البيع متراضان فيه فليكن هو المعنى  
الحقيقي والحل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لنفي توهم أنهم اذا اتفقا على  
الثنى وتراضيا عليه ثم أوجب أحدهما البيع يلزم الآخر من غير أن يقبل ذلك أصلاً لا اتفاقاً والتراضي

بغير القيام ما كان متوقفاً والمفسوخ لا تلحقه الاجازة (قوله ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر) لان العقد  
لما تم بالايجاب والقبول ثبت الملك لكل واحد منهما فافسخ من أيهما كان ابطال حق الآخر بل رضاء فلا  
يجوز كما بعد الافتراق عن المجلس (قوله والحديث محمول على خيار القبول) والفرق تفرق الاقوال أي  
اذا أوجب أحدهما البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل والموجب خيار الرجوع عما قال  
قبل قبول صاحبه وهذا الخيار ثابت ما لم يتفرقا قولا فان تفرقا قولا بان قال أحدهما بعت والآخر اشتريت  
لم يبق الخيار بعده (قوله وفيه اشارة اليه) أي في الحديث اشارة الى خيار القبول فانها متبايعان حاله  
المباشرة لا بعده ولا تبايعا كالمقابلين والمناظرين وتحققه أن الاحوال ثلاث حاله لم يوجد فيها الايجاب  
والقبول وحاله وجد فيها أحدهما فاطلاق اسم المتبايعين عليهما في الحالة الأولى والثانية مجاز باعتبار ما يؤول  
اليه أو باعتبار ما كان في حقيقة الحالة الثالثة اذهى جامعاً تفرقة الى الحقيقة اذا شارع أبقى الايجاب مادام في  
المجلس ليرتبط بالقبول فان قبل بعد وجود كلامهما أبقاهما الشارع متبايعين لما أن الشارع أعطى  
للعقود الشرعية حكم الجواهر لم يعرف قلنا الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما لاحقيقة كلامهما فان  
الكلام كل واحد يحمل ويتلشى فان قيل ذكر ابن عمر رضي الله عنهما أن التفرق تفرق الابدان قلنا  
تأويل الراوي لا يكون حجة على غيره ولا يكون رد الاحتمال آخر كيف وقد روى عن النبي صلى الله عليه  
وسلم في رواية المتبايعان بالخبر انما لم يتفرقا من بيعهما فان قيل ففي كل واحد من المملكين أعنى ما حله  
الشافعي رحمه الله وما حله نوع مجازاً ما قبله الشافعي فاذكر وأما فيما قلناه وأن التفرق من  
الاصناف فقيامها لا يكون الا بالاعيان فلما أسند التفرق الى القول يلزم قيام العرض بالعرض وذلك لا يجوز  
الا أن يسند اليه بطريق التجوز فيجب لذلك أن يسند التفرق الى البدن ليكون قولاً بحقيقة التفرق قلنا نعم  
كذلك الا أن اسناد التفرق الى غير الاعيان شائع وفاس في شراي الكلام فصار هو بسبب فشو الاستعمال  
فيه بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين أوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال الله تعالى لا تفرق

وقوله (والتفرق تفرق الاقوال) جواب عما قال التفرق عرض فيقوم بالجوهرولقائل أن يقول جل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال باجماع متكلمي أهل السنة فيكون اسناد التفرق اليها مجازا فواجهه ترجيح مجاز كهل مجازهم وأجيب بان اسناد التفرق والتفرق الى غير الاعيان شائع فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة قال تعالى وما تفرق الذين أو تووا الكتاب الآية وقال لا تفرق بين أحد من رسله والمراد التفرق (١٦٦) في الاعتقاد وقال صلى الله عليه وسلم ستفتقر أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وهو أيضا في

أو يحتمله فيعمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فلا تغضى الى المنازعة

السابق في الزامه بكلام أحدهما بعد قال المصنف رحمه الله تعالى (أو) هو (يحتمله فيعمل عليه) جمع بين ما ذكرناه من الآيات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن نراض بمجرد الإيجاب والقبول وعدم توقف الاسماء على أمر آخر لا يقال ان ما في خيار أحد المتبايعين وهو الثاني القابل لاختيارهما لانه ممنوع بل الموجب أيضا خيار أن يرجع قبل قبول الآخر وأن لا يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو أن يقول الآخر بعد الإيجاب لا أستري أو يرجع الموجب قبل قبول الآخر واسناد التفرق الى الناس مراد به تفرق أقوالهم كثير في الشرع والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين أو تووا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال صلى الله عليه وسلم افرقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفتقر أمتي على ثلاث وسبعين فرقة وحينئذ يفراد بأحدهما في قوله أو يقول أحدهما لصاحبه اختر الموجب بقوله بعد ايجابه لا آخر اخترت قبل أو لا والاتفاق على أنه ليس المراد أن بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في خيار القبول والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القياس فعلى النكاح والخلع والعق على مال والكتابة كل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضا فكذا البيع وأما ما يقال تعلق حق كل من العاقدين ببذل الآخر فلا يجوز إبطاله فيردمعه بان ذلك بالشرع والشرع نفاها الى غاية الخيار بالحديث فانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرناه من معنى المتبايعين وأما ما قيل حديث التفرق واهمالك ولم يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغاية في لضعف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل مالك عنده صحيح به (قوله والاعواض المشار اليها) سواء كانت مبيعات كالحيوب والشباب أو أمثالا كاللراهم والدنانير (لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع) فإذا قال بعتك هذه الصبرة من

بين أحد من رسله هذا في الاعتقاد قال وان يتفرق اربعين الله كلام من سمعته هذا في النكاح وقال عليه السلام تفرق أمتي بعدى على ثلاثة وسبعين هذا أيضا في الاعتقاد فكان الحل على القول حلالا على ما هو فاش في الاستعمال وهو بمنزلة الحقيقة من حيث أنه يتسارع اليه الادهام وصيانة لاسم المتبايعين عن الحل على ما ذكرناه وذكر في الاسرار أن المراد من الخيار المذكور خيار الاقالة بدليل أنه أضاف اليها ما وانما الاقالة المبرأة تتعلق باختيارهما جميعا لا رد بخيار المجلس وذكر في الايضاح ولا كلام للشافعي رحمه الله من حيث الفقه فان قضية العقد لزوم لانه تم بهما وتعلق به حق كل واحد منهما فثبوت الخيار يستدعي سبب الاقالة ولم يوجد وجعل الحديث على خيار القبول منقول عن ابراهيم رحمه الله (قوله أو يخته له) أي يخته ل الحديث خيار القبول فيعمل عليه عند قيام الدليل وقد دل عليه ما ذكرناه (قوله والاعواض المشار اليها) هذا يتناول الحجرين وغيرهما غنا كان أو ممتلانا بالاشارة كفاية في الشكل اذهى أبانغ أسباب التعريف لا في الاموال الربوية فان الاعواض اذا كانت من الاموال الربوية كاللراهم والدنانير والحنطة والشعير اذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز ان أشير اليها (قوله في جواز البيع) احتراز عن السلم لان معرفته مقدار رأس

مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف المتشافي للجهالة المفضية الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم اللذين (والاثمان

(قوله والتفرق تفرق الاقوال الخ) أقول الافتراق أحد الاكوان الاربعة المعلوم وجودها بالضرورة عند المتكلمين (قوله وأجيب بان اسناد التفرق والتفرق الخ) أقول اسناد التفرق الى القول مجازا بالسببية لا يستلزم وجود التفرق حقيقة كفاية قوله أقدمنى بذلك حتى لي على فلان (قوله أو نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني) أقول فلا بد من لزوم قيام العرض بالعرض من مدفع والظاهر انه منع كون ما يطلق التفرق مطلقا من الاعراض (قوله غنا كانت أو ممتلانا) أقول تقرر برصد الشرع يعترض في أن المراد بالاعواض الاثمان فتأمل في الترجيح

الاعتقاد وفيه نظران المجاز باعتبار ما يؤل اليه أو ما كان عليه أيضا كذلك على أن ذلك يصح على مسذهب أبي يوسف ومحمد رحمه الله لا على مذهب أبي حنيفة فان الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ولعل الأولى أن يقال جملة على التفرق بالابدان رد الى الجهالة اذ ليس له وقت معلوم ولا غاية معروفة فيصير من أشباه بيع الملاسة والمناذرة وهو مقطوع بنفساده عادة وهذا معنى قول مالك رحمه الله ليس لهذا الحديث حد معروف أو نقول التفرق يطلق على الاعيان والمعاني بالاشراك اللفظي وتخرج جهة التفرق بالاقتوال بما ذكرناه من أداء جملة على التفرق بالابدان الى الجهالة وهذا التأويل أغنى عن حل التفرق على الاقوال منقول عن محمد بن الحسن رحمه الله قال رحمه الله (والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها) الاعواض المشار اليها غنا كانت أو ممتلانا لا يحتاج الى معرفة

(والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد

الحنطة أو هذه الكورجة من الأرز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرتبة له  
فقبل جاز ولم لأن الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضرب إلا يمنع من التسليم والتسلم لتجهله جهالة  
القيمة لا تمنع الصحة قال في الفتاوى قال لغيره لك في يدك أرض خربة لا تساوي شيئاً فبيعها متى بشعة دراهم  
فباعها وهو لا يعلم وقيمتها كثيراً جازاً لبيع بخلاف السلم لا يشار للعوض فيه إلا جاز فلا يصح في السلم فيه  
انغافاً ولا في رأس مال السلم إذا كان مكبلاً أو موزوناً عند أبي حنيفة رضي الله عنه لما يجيئ ثم المسئلة مقيدة بغير  
الاموال الربوي وبالربوي إذا قوبلت بغير جنسها ما الربوي يتأذقوبلت بجنسها كالحنطة والذهب  
بالذهب فلا يصح مع الإشارة بالملاحق البتة أو احتيال الربا أو احتيال الربا مانع حقيقة الراشع والتقييد بقدرها في قوله  
لا يحتاج إلى معرفة مقدارها احترازاً عن الصفة فانه لو أراد دراهم وقال اشترى بتمه هذه فوجد هازي بوزن أو بدرجة  
كان له أن يرجع بالجيد لأن الإشارة إلى الدراهم كانت نصيباً عليها وهو ينصرف إلى الجيد ولو وجد هاستوقة  
أو رصاصاً فسد البيع وعليه القيمة إن كان ألتفها ولو قال اشترى بتمه هذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها  
خلاف نقد البلد فله أن يرجع بنقد البلد لأن مطلق الدراهم في البيع ينصرف إلى نقد البلد وإن وجد هاستوقة  
البلد جاز ولا خيار للبائع بخلاف ما لو قال اشترى بتمه هذه الخابية ثم رأى الدراهم التي كانت فيها كان له الخيار  
وان كانت نقد البلد انصرف يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج فكان  
له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود (قوله والأثمان  
المطلقة) أي عن قيد الإشارة لا تصح حتى تكون معلومة القدر (تكمسة عشرة دراهم أو كرا حنطة  
بخلاف ما لو اشترى بوزن هذا الجرد بما فانه ليس عوضاً مضافاً إليه فان المشار إليه الجرد لا يعلم قدر جرم ما يوزن  
به من الذهب فلذلك إذا اشترى بوزن هذا الجرد بما فوزن به كان له الخيار وبما لا يجوز البيع به البع بغيره  
أو بما حل به أو بما تريد أو تحب أو برأس ماله أو بما اشتراه أو بمثل ما اشترى فلان لا يجوز أن علم المشتري  
بالقدر في المجلس فرضيه عاد جازاً وكذا لا يجوز بألف درهم الأدينار أو بمائة دينار الأدرهم وكذا لا يجوز  
بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئاً لا يتفاوت كالحب والمعم (والصفة) كمشرة دراهم بخارية أو سمرقندية  
وكذا حنطة بحرية أو صعيدية وهذا إنما إذا كانت الصفة مجهولة فتتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري يريد  
دفع الادون والبائع يطلب الأوقع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة بلا منازعة وأسلم أن  
الأعواض في البيع ما دراهم أو دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها أو بجنسها وتكون صرفاً وأما أعيان  
ليست مكبلة ولا موزونة فهي مبيعة أبدأ ولا يجوز فيها البيع إلا بعينها لا بما يجوز فيه السلم كالثياب وكما  
تثبت الثياب مبيعة في الذمة بطريق السلم تثبت ديناً مؤجلاً في الذمة على أنها ثمن وحينئذ يشترط الأجل لا  
لأنها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة فلذا قلنا إذا باع عبداً بثوب موصوف في الذمة إلى أجل  
جاز ويكون بيعاً في حق العبد حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو أسلم الدراهم في الثوب وانما أظهرت  
أحكام السلم فيه في الثوب حتى شرط فيه الأجل وامتنع بيعه قبل قبضه للاحاقه بالسلم فيه أو مكبل أو موزون  
أو عددي متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهي مبيعة أو بما مثاله من المثليات فما كان موصوفاً في

المال شرط فيه عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان مما يتعلق بالعقد على مقداره (قوله والأثمان المطلقة) أي  
الكاملة في الثمنية وهي الجران لانها خالية للثمنية وأراد به غير المشار إليها وجهين أحدهما أنه ذكر في  
مقابلة المشار إليه والثاني أن ذكر القدر والصفة شرط في الثمن إذا لم يكن مشاواً إليه وإن يكن هو متخلفاً  
لثمنية فلا يبيح لذكر الإطلاق فائدة الاموال ثلاثة ثمن محض وهو ما يكون مقوماً لنفسه ولغيره وسلعة محضة  
وهو ما لا يكون مقوماً لنفسه ولغيره ودائر بينهما وهو ما يصلح ثمناً إذا كان مؤجلاً كالملك والموزون وصوره  
الأثمان المطلقة ببل بيان القدر والصفة ما إذا قال اشترى بتمه هذا الشيء بالذهب ولم يبين قدره ولا وصفه وكذا لو

أو جهما عقد البيع فان  
جهالة الوصف لا تقضي إلى  
المنازعة لوجود ما هو أقوى  
منه في التعريف وكون  
التفاضل ناجزاً في البيع  
بخلاف السلم على ما سألنا  
وهذا انما يستقيم إذا لم تكن  
الأعواض ربوية أما إذا  
كانت ربوية لجهالة المقدار  
تمنع الصحة لاحتمال الربا  
وانما لم يقيد في الكتاب لأن  
ذلك مما يتعلق بالربا وهذا  
الباب ليس لبيان ما قال  
(والأثمان المطلقة لا تصح  
إذا لم تكون معروفة القدر  
والصفة) الأثمان المطلقة  
عن الإشارة لا تصح مع العقد  
الآن تكون معلومة  
القدر كمشرة ونحوها  
والصفة ككونها بخارية  
أو سمرقندية بالان التسليم  
واجب بالعقد وكل ما هو  
واجب بالعقد يمنع حصوله  
بالجهالة المغضية إلى النزاع  
فالتسليم يمنعها

(قوله فان جهالة الوصف  
الح) أقول والظاهر أن  
قول المصنف وجهالة الوصف  
الح كلام مستأنف أعني به  
بياناً لحال جهالة الوصف  
فيه (قوله ناجزاً في البيع)  
أقول أي حاضر (قوله  
لجهالة المقدار تمنع الصحة)  
أقول إذا بيعت بجنسها  
(قوله يمنع حصوله بالجهالة  
الح) أقول أي بجهالة ذلك  
الواجب

(وهذه الجهة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم) وبغوت الغرض المطلوب من البيع قال (ويجوز البيع بثمن حال) قال الكرخي رحمه الله المبيع ما يتعين في العدة والثمن ما لم يتعين وهذا على المذهب فان الدراهم تتعين عند الشافعي في البيع وهو ثمن بالاتفاق وقال أبو الفضل الكرخي ما في الايضاح الثمن ما كان في الذمة نقله عن الفراء وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة وليس بثمن وقيل المبيع ما يحلله العقد من الاعيان ابتداء وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر فانه انما يحلله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على أحد طريقين أحدهما انما يثبت في الذمة ما يقابله وينقسم كل منهما الى محض ومتردد فالمبيع المحض هو الاعيان التي ليست من ذوات الامثال الا الثياب الموصوفة وقعت في الذمة الى أجل بدلا عن عين فانها آتية وليس اشتراط الاجل لكونه ثنائيا بل يصير محلها بالمسلم في كونها ادينا في الذمة والثمن المحض هو ما خلق للتمنية كالدرهم والدنانير والمتردد بينهما كالسكك والموزونات والعدييات المتقاربة فانها مبيعة نظرا الى الانتفاع باعيانها آتية نظرا الى انها مثلية كالنقدين فان قابلهما النقدان فهي معينة (٤٦٨) وان قابلهما عين وهي معينة فهي مبيعة وآتية لان البيع لا بدله منهما وليس أحدهما

وهذه الجهة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال (ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما) لا طلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه الصلاة والسلام انه اشترى من يهودي طعاما الى أجل معلوم ورواه عنه ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالب به في قريب المدة وهذا يسلم في بعيدها لذة فهو ثمن وما كان معينا فبيع فان كان كل منهما مامعا فاصحبه حرف الباء أو لفظ على كان ثمننا والآخرة مبيعا وقال خوارزمي زاده وجهان في شهادات الجامع المسكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن دخل عليه حرف الباء أو لم يدخل فلذلك لو قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق السلم فيجب أن يضرب الاجل للحنطة واعلم أن التقدير المشرط قد يكون عرفا كما يكون نصا في الفتاوى لو قال اشتريت منك هذا الثوب أو هذه الذرا أو هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير أو دراهم ان كان في البلد يبتاع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينقسم البيع في الدار بعشرة دنانير وفي الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة فلس وان كان في بلد لا يبتاع الناس بهذه الاجلة ينصرف الى ما يبتاع الناس بذلك التقدير انتهى وحاصل هذا انه اذا صرح بالعدد فتعين المعلوم من كونها دراهم أو دنانير أو فلسا يثبت على ما يناسب المبيع ووقع شك فيما يناسب المبيع وجب أن لا يتم البيع (قوله ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل لا طلاق قوله تعالى وأحل الله البيع) وما بين مؤجل بيع وفي صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها (اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودي الى أجل ورواه عنه) من حديثه في لفظ الصحيحين طعاما بنسيئة وقد سمى هذا اليهودي في سنن البيهقي أخرجه عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند أبي الشخير رجل من بني طغف في شعبه (ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان جهالة تفضي الى المنازعة في التسليم فهذا يطالب به في قريب المدة وذلك في بعيدها) ولانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم أو جب فيه التعيين حيث قال بالدراهم وبيان التقدير أن يقول عشرة أو خمسة وبيان الصفة أن يقول بخاري أو يهرقندي (قوله وكل جهالة هذه صفتها) وهي كونها مفضية الى المنازعة وهذا احتراز عن جهالة لا تفضي الى المنازعة كما اذا كان

أولى بان يجعل مبيعا من الآخر فعمل كل واحد مبيعا وثمنان كانت أعني المسكيلات والموزونات غير معينة فان دخلت فيها الباء مثل أن يقال اشتريت هذا العبد بكذا حنطة وقد وصفها كانت ثمنان ودخلت في غيرها كان يقال اشتريت بكذا بهذا العبد كان مبيعا ولا يصح الاسما بشرطه هذا المحض كلامهم في هذا الموضع وأقول الاعيان ثلاثة تقود أعني الدراهم والدنانير وسكك كالثياب والدور والعبيد وغير ذلك ومقدورات كالمسكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة وبيع غير النقدين بالنقدين يشمل على المبيع المحض والثمن المحض وما عدا ذلك فهو متردد بين كونه مبيعا وثمنا

والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه قال (والبيع بالثمن الحال والمؤجل جائز) لا طلاق قوله تعالى وأحل الله البيع ولما روى أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى أجل ورواه عنه) لكن لا بد أن يكون الاجل معلوما لا يفضي الى ما يمنع الواجب بالعقد وهو التسليم فربما يطالب البائع في مدة قريبة واشترى يؤخر الى بعيدها

(قوله الى النزاع) أقول في ذلك الواجب (قوله والثمن ما لم يتعين) أقول هذا أيضا منقوض بالمسلم فيه ورأس مال السلم اذا كان عينيا (قوله وهو منقوض بالمسلم فيه فانه يثبت في الذمة) أقول لا يبعد أن يقال المعروف هو المبيع المطلق والثمن المطلق وهو ما يكون ثنائيا بكل حال فمعنى التعريف ما كان في الذمة على كل حال بقريبة الاطلاق الذي يصرف على الكمال (قوله وقوله ابتداء احتراز عن المستأجر الخ) أقول ويجوز أن يكون احترازا عن الثمن (قوله والثمن ما يقابله) أقول أي يقابل ما يحلله العقد بان يذكر حين العقد في مقابلته (قوله وأقول الاعيان ثلاثة الخ) أقول ولعل وجه العدول كاذ كروا استلزامه ففقدان المبيع في بيع النقدين وفقدان الثمن في المقايضة بخلاف ما اختاره

قال (ومن أطلق الثمن على غالب نقد البلد) ومن أطلق الثمن عن ذكر الصفه دون القدر كان قال اشترت بعشرة دراهم ولم يقل بخارج أو سمرقنديا وقع العقد على غالب نقد البلد وان كان في البلد الذي وقع فيه العقد نقد مختلف كان العقد فاسدا الآن يبين أحدها وأعلم أني أذكر لك في هذا الموضع الأقسام العقلية المتصورة في هذه المسئلة اجبالا ثم أتزلها على متن الكتاب حلاله فاني ما وجدت من الشارحين من نصدي لذلك على ما ينبغي فأقول اذا كان في البلد نقد مختلف فاما أن يكون (٤٦٩) الاختلاف في المالية والرواج أو في المالية

دون الرواج أو في الرواج دون المالية أولا يكون في ثمنها بل في جرد الاسم كالمصري والدمشقي مثلا فان كان الاول جاز البيع وانصرف الى الأروج وان كان الثاني لا يجوز لان الجهالة في المنازعة توقعها في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وان كان الثالث يجوز وينصرف الى الأروج بخبر الجواز وان كان الرابع فكذلك لان الجهالة ليست متوقعة في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم وإذا عرف هذا فاقوله (فان كانت النقود مختلفة) يعني في المالية كالذهب المصري والمغربي فان المصري أفضل في المالية من المغربي اذا فرض استواءهما في الرواج (فالبيع فاسد) لان الجهالة تنفي الى المنازعة اشارة الى القسم الثاني الآن

ترفع الجهالة يمين أحدهما فينتد بجوز وقوله (أو) يكون أحدها أغلب وأروج فينتد بصرف البيع اليه بخبر الجواز اشارة الى القسم الاول أو الى القسم الثالث لان كون أحدها أروج أعمر

قال (ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد) لانه المتعارف وفيه التحري العوار فيصرف اليه (فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الآن يبين أحدهما) وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الآن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فينتد بصرف اليه بخبر الجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي

قال من أسلف في عرفنا سلف في كبل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم وعلى كل ذلك انعقد الإجماع وأما البطان فيما اذا قال بعته بكذا بالمال أو بالدين الى سنة للجهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا باعه بألف على أن يؤدي اليه الثمن في بلد آخر ولو قال الى شهر على أن يؤدي الثمن في بلد آخر جاز بالف الى شهر ويطلب شرط الايقاع في بلد آخر لان تعيين مكان الايقاع فيما لاجله ولا مؤنة لا يصح فلو كان له جمل ومؤنة صح ومنه على قول محمد اذا باعه على أن يدفع اليه المبيع قبل أن يدفع الثمن فان البيع فاسد لان محمدا رحمه الله عليه يتضمنه أجلا بجوهلا حتى لو سمى الوقت الذي يسلم اليه فيه المبيع جاز البيع وأما أبو يوسف فانه عاله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أي أطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بان قال عشرة دراهم مثلا (انصرف الى غالب نقد البلد لانه هو المتعارف فيصرف) المطاق (اليه) فان كان أطلق اسم الدراهم في العرف يختص به ماع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولي وهو من افراد ترك الحقيقة بدلالة العرف وان كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب بخبر الجواز وعدم اهدار كلام العاقل (فان كانت النقود مختلفة) المالية كالذهب لاشرفي والناصرى بصرف لكتنها في الرواج سواء (فالبيع فاسد) لعدم امكان الصرف الى أحدهما بعيته ون الاخر لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج واذا لم يكن الصرف الى أحدهما والحالة انها متفاوتة المالية جاءت الجهالة انفضية الى المنازعة لان المشتري يدفع الانقص ماليته للبائع ويدفع الاعلى فيفسد البيع الآن ترتفع الجهالة ببيان أحدهما في المجلس ورضي الاخر لا يرتفع المفسد قبل تفرده وصار كولو قال الدائن لديونه يعني هذا الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وبمعنى هذا الاخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم المبيع الثاني اليه اذ به يصير فيهما عشرة وهذا محمول على قبول الدائن بعد قول المدين نعم ونحوه وان كانت مختلفة في المالية والرواج معا فالبيع صحيح ويصرف الى الأروج لوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية

مجهول القدر مشار اليه وكلو باع عبد من عبدني على أن المشتري بالخيار وكلو باع فقير من صبرة طعام مشار اليها (قوله ومن أطلق الثمن في البيع) أي ذكر القدر دون الصفة بان قال اشترت بته بعشرة دراهم ولم يقل انها بخارجية أو سمرقندية فانه لو لم يذكرهما كانت هذه المسئلة عين المسئلة الاولى قبل الاستثناء ولو ذكرهما كان عين تلك المسئلة بعد الاستثناء وهي قوله والاثمان المطلقة لا تصح الآن تكون معروفة القدر والصفة (قوله كالثنائي والثلاثي) بان يكون النقد الواحد أحادي أو ثانوي وان يكون الواحد منه درهما والاخر ثانيا أو ثانويا هو أن يكون الثلاث منه درهما فالبسة الاثنين أو الثلاث كالبسة الواحد من الاحادي ولا يسمى الواحد من الثنائي والثلاثي درهما في ذلك العرف بل

من ان يكون مع اختلاف في المالية أو مع استواء البيع جاز فيهما وقوله (وهذا) أي فساد البيع (اذا كانت مختلفة في المالية) يعني مع الاستواء في الرواج اشارة الى القسم الثاني أعاده التمثيل بقوله كالثنائي وهو ما يكون الاثنين منه وانفا والثلاثي وهو ما يكون الثلاثة منه وانفا والنصري اليوم سمرقندية فانه بمنزلة الناصري بخاري والاختلاف بين العدالي بقرغانة وقرغاه ما راء النهر يسمون الدراهم عدليا وكل هذا يختلف في المالية مع التساوي في الرواج

وقوله (فان كانت سواء فيها) أي في المالية يعني مع الاستواء في الرواج إشارة إلى القسم الرابع وبجزء الشرط قوله (جاز البيع اذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا) أي المتأخرون من المشايخ (وينصرف) اسم الدرهم (إلى ما قدر به) من المقدار كعشرة ونحوها (من أي نوع كان) من غير تعقيد بنوع معين لانه لا منازعة لاستواء حافي الرواج (ولا اختلاف في المالية) وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ رحمه الله فانه فضل بين قوله اذا كانت مختلفة في المالية (٤٧٠) ومثاله وهو قوله كالثنائي بالشرط وهو قوله فان كانت سواء وفصل بين الشرط وهذا وبين جزائه وهو قوله جاز البيع بقوله كالثنائي إلى قوله جاز ولا يستقيم أن يجعل قوله كالثنائي إلخ متعلقا بقوله فان كانت سواء لان ما كان اثنتان منه دانقا وثلاثة منه دانقا لا يكونان في المالية سواء لكن يمكن أن يكونا في الرواج سواء هذا ما سأل في حل هذا الموضع والله أعلم قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة) المراد بالطعام الحنطة ودقيقها لانه يقع عليهما عرفا وسيأتي في الوكالة وبالحبوب غيرهما كالعدس والحمص وأمثالهما كل ذلك إذا بيع مكايلة جاز العقد سواء كان البيع بجنسه أو بخلافه وإذا بيع (بمجازفة) فان كان شيئا يدخل تحت الكيل فكذلك وان كان مما يدخل تحته لا يجوز إلا بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم لا يقال لأدلة في الحديث على المنع عند اتفاق النوعين لانه مفهوم من الشرط وهو ليس بحجة لان الدليل على ذلك صدر الحديث ولان

والنصر في اليوم بغير قصد والاختلاف بين العددين إلى بقرائه جاز البيع اذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال (ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة وبمجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدايد بخلاف ما اذا باعه بجنسه بمجازفة لما فيه من احتمال الربا وان الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فتشابه جهالة القيمة

المالية والرواج ببيع البيع ويؤدي من أمهات لانه لا فضل لأحدها فلو طلب البائع أحدها بعينه كان للمشتري أن يعطيه من الصنف الآخر لان الامتناع عن قبض ما أعطاه المشتري مع انه لا فضل للآخر عليه ليس فيه إلا التعت وتعت وهذا قلنا الدرهم والدنانير لا تعت حتى لو أراه درهمها اشتري به فباعه ثم حبسه وأعطاه درهمها آخر جاز يعني اذا كانا من جنس المالية والثنائي والثلاثي اسم الدرهم كانت بيلا درهم مختلفا في المالية وكذا الركني والخليفتي في الذهب كان الخليفتي أفضل مالية عندهم والعددي اسم الدرهم (قوله ويجوز بيع الطعام) وهي الحنطة ودقيقها خاصة في العرف الماضي كما يدل عليه حديث الفطرة كذا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير فبقوله (الحبوب) عطف العام على الخاص أو يقدر وكذا باقي أي وباقي الحبوب فلا يتناول الطعام (مكايلة) أي بشرط عدد من الكيل والافقي اللغة المكايلة أن تكيل له ويكيل لك (وبمجازفة) أي بلا كيل ولا وزن بل براءة الصبرة والخزف في الأصل الاخذ بكثرة من قولهم خزف له في الكيل اذا كثر ومرجعه إلى المساهلة قال المصنف (وهذا) يعني البيع بمجازفة مقيد بغير الأموال الربوية اذا بيعت بجنسها فاما الأموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز بمجازفة لاحتمال الربا وهو مائع حقيقة إلى بواو هذا تضام مقيد بما يدخل تحت الكيل منها وأما ما لا يدخل ككفة يحفتين فيجوز وفي الفتاوى الصغرى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين فقال ما حرم في الكفر حرم في القليل والقديم مقيد أيضا بما اذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها ككفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب أنه لا يعرف قدره ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز لان المانع انما هو احتمال الربا وهو باحتمال التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلتها فضة حتى وزنتها فيجوز والحديث الذي ذكره بمعناه وهو ما روي أصحاب الكتب الستة البخاري عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والمخ بالمخ مثلا بمثل سواء بسواء يدايد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كانت يدايد (ولان) هذه الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم لتجلى التسليم على ما تقدم فلا يمنع (فتشابه جهالة القيمة) للمبيع

ينصرف الدرهم في عرفهم إلى أحد الاشياء وهو الواحد من الاحادي والاثنتان من الثنائي والثلاث من الثلاثي فيثبت يصح العقد على درهم المطلق (قوله ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة وبمجازفة) وهذا اذا باعه بخلاف جنسه هذا انما يفيد فيما اذا كان شيئا يدخل تحت الكيل فاما اذا كان قليلا لا يجوز بيع البعض البعض بمجازفة وان كان في جنس واحد حتى لو باع نصف من الحنطة بمجنون من الحنطة فيجوز

الجهالة مانعة اذا منعت التسليم وهذه الجهالة غير مانعة قصارا كما اذا باع شيئا لم يعلم العاقدان قيمته بدرهم بخلاف ما اذا باع قال

قال المصنف (والاختلاف بين العددين إلخ) أقول والظاهر انه بجهة معترضة لبيان مكان وجود فيه الاختلاف بين العقود في المالية أن يثبت اختلافها فيها (قوله وظهر من هذا تعقيد كلام الشيخ إلى قوله هذا ما سأل في حل هذا الموضع) أقول فيه بحث فان اسم الدرهم انما يطلق على اثنين من الثنائي وثلاثة من الثلاثي كما صرحوا فثبت يظهر استواءهما في المالية وانه ليس في كلام الشيخ تعقيد فليتأمل (قوله وان كان مما يدخل تحته إلى قوله لا يقال لأدلة للحديث على المنع إلخ) أقول أنت خبير بان إيراد الحديث ليس لأدلة على المنع بل للدلالة على الجواز اذا



بجسده مجازة فلما ساء من احتمال الربا قال (ويجوز) بانه بعينه اذا باع الطعام أو الحبوب (بانه بعينه أو وزن حجر بعينه لا يعرف مقدارهما جاز) لان الجهالة المانعة ما تنقض الى المنازعة وهذه ليست كذلك لان التسليم في البيع متقبل فيندر هلاك كل منهما من الانواء الحجر قبل التسليم وقبل يشكل على هذا ما اذا باع أحد العبد الأربعة على ان المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ منهم شاء (٤٧١) ويرد الباقي أو اشترى بأى ثمن شافهات الجهالة لم تنقض الى المنازعة

والبيع باطل وليس بوارد  
لانا قلنا ان الجهالة المانعة  
الى النزاع مفسدة للعقد وهذا

لا نزاع فيه ولم نقل ان كل  
ما هو باطل لابد ان يكون  
للجهالة فيجوز ان يكون  
البيع باطلا لغيره آخر وهو  
عدم المعقود عليه لكونه  
غير معين في الأولى ولعدم  
الثمن في الثانية وروى عن  
أبي يوسف ان الجواز فيما  
اذا كان المكيل لا ينكس  
بالكيس كالمقصود ونحوها  
أما اذا كان مما ينكس  
كالتزويل ونحوه فانه لا يجوز  
بخلاف السلم فانه لا يجوز  
بانه مجهول القدر وان كان  
معناه كذا الحجر لان التسليم  
فيه متاخر والهالك ليس  
بنادر قبله فتتحقق المنازعة  
وعن أبي حنيفة في رواية  
الحسن بن زباد ان البيع  
أضاليا يجوز كالسلم لان  
البيع في المكيلات  
والموز ونات امان يكون  
بمجازة أو بذ كر القدر في  
المجازة المعقود عليه هو  
ما اشار اليه ولا معتبر بالمعيار  
وفي غيرها المعقود عليه  
هو ما يسمى من القدر ولم  
يوجد شيء منهما فان الغرض  
تدوم المجازة والمكيل اذا لم  
يكن معلوما لم يسم شي من

قال (ويجوز) بانه بعينه لا يعرف مقداره ووزن حجر بعينه لا يعرف مقداره) لان الجهالة لا تنقض الى المنازعة لما أنه يتجمل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متاخر والهالك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا والأول أصح وأظهر

بعد روى مشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوى مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمته ما باع لم البيع (قوله) ويجوز بانه بعينه لا يعرف مقداره ووزن حجر بعينه لا يعرف مقداره (قد قيد الاناء بكونه مما لا يتجمل الزيادة والنقصان كما ان يكون من خشب أو حديد أو ما اذا كان يتجمل كالتزويل والجواز على هذا يسع ملء قربة بعينها أو رابو به من النيل عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن أطلق في المجرى جواره ولا بد من اعتبار القرب المتعارفة في الماد مع غالب السقائين فلو ملاه باصغر منها لا يقبل وكذا رابو به منه يوفيه في منزله وعن أبي يوسف اذا ملاه هاتم تراصيا جاز كما قالوا الو باع الحطب ونحوه أجمالا لا يجوز ولو جله على الدابة ثم باعه الجمل جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الغرات جاز استحسانا اذا كانت القربة معينة وعن أبي يوسف أيضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط ببيع الماء في الحياض والأبار لا يجوز الا اذا جعله في وعاء ووجه في المبسوط مسألة الكباب بان المعين مجازة فيجوز فيمكيل غير معروف أولى وفيه نظيران في المجازة الاشارة الى عين المبيع ثابتة تفيد الاطاحة بقدر حرمة وأقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل لهافي كيل غير معلوم قبل أن يصب فالأولوية متفقية بلا شك والوجه يقتضى أن يثبت الخيار اذا كاله أو وزن للمشتري كافي الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا من في جمع النوازل على أن فيه الخيار اذا علم به ومعلوم أن ذلك بالوزن وفي جمع التفاز بق عن محمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وينبغي أن يكون هذا العمل الرواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز أى لا يلزم قال المصنف (والأول أصح) أى من جهة الرواية (وأظهر) أى من حيث الوجه المذكور في الكباب وحاصله أن الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تنقض الى المنازعة وهي المانعة وذلك لانه يتجمل فيندر هلاكه بخلاف السلم لا يتجمل فقد قيل ذلك الكيل والحجر فيتم تسليم المسلم فيه ولا يخفى أن هذا الوجه لا ينسب ثبوت الخيار وأقرب الامور الى ما نحن فيه قول أبي حنيفة في المسئلة التي تلى هذه وهي ما اذا باع صبرة كل فقير بدرهم أنه اذا كان في المجلس حتى عرف المقدار صرح ويثبت الخيار للمشتري كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع مع أن الغرض انه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية أتم وصار كما اذا رأى الدهن في قارورة فاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روى عن أبي يوسف اشتراط كون ما بوزن به لا يتجمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنقض بالجفاف ويحول بعضهم على ذلك وليس بشي فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تجمل السلم ولا جفاف يوجب نقضا في ذلك الزمان وما قد يعرض من تاخره لوما أو يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام في وزن ذلك الحجر خشية الهلاك فيتمتع التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والغرض ان أقل كذا في الذخيرة (قوله) وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في البيع أيضا) لان البيع في المكيلات والموز ونات امان يكون بمجازة أو بذ كر القدر في المجازة المعقود عليه ما اشار اليه وعند كذا القدر المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما فانه ليس بمجازة ولا بشرط فيه الكيل اذا لم يكن المكيل معلوما وعن أبي يوسف رحمه الله في بيع المعين ان عين مكيل لا ينكس بالكيس كالتزويل ونحوه لا يجوز العقد فيه لانه يتمكن المنازعة بينهما في الكيل وان كان شيئا لا ينقبض ولا ينسبط كالمقصود ونحوها يجوز

القدر (والأول أصح) يعني من حيث ادليل فان المعيار المعين لم يتقاعدا عن المجازة (وأظهر) يعني من حيث بيع بخلاف جنسه وأما الدليل على المنع فهو قوله لسا فيه من احتمال الربا نامل يظهر لك سوء ترتيب الشارح في تدوير الكلام بخلاف اختياره المصنف من النظام (قوله) وهو عدم المعقود عليه لكونه غير معين في الأول (الح) أقول اذا كان غير معين يكون مجهولا وسيجي ان الفساد فيه للجهالة

الرواية قال (ومن باع صبرة طعام) اذا قال البائع بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم فاما ان يعلم مقدارها في المجلس بتسمية جله القفران أو بالكيل في المجلس أو لافان كان الاول فالبيع (٤٧٢) جائز والبيع جله ما فيهما من القفران وان كان الثاني فالبيع قفيز واحد عند أبي

قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة الآن يسمى جله قفرانها ولا يجوز في الوجهين) له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة البيع والتمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم مدة السلم ثلاثة أيام ولا شك ان تاخر التسليم فيه الى المجلس آخر يقضى الى المنازعة لان هلاكه ان تدر فلا اختلاف في أنه هو أو غيره والتمه في ليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالنجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء يد يد فلا بأس به ثم ان في المعين البيع بجاز فيجوز في كيدال غير معروف أولى وهذا لان التسليم عقب البيع الى آخر ما ذكره وتقدم النظر في الاولوية وهذا وارد على التعليق بان الجهالة لا تقضى الى المنازعة مما اذا باع عبد من أو بعة ياخذ المشتري أهم شاء أو باع ماى غن شاء فالبيع باطل مع أنه لا يقضى الى المنازعة أجيب بان المبطل في الموردمعنى آخر وهو عدم المبيع والتمن لالجهالة وكان مقتضاه أنه لا يجوز في عبد من ثلاثة لكن جاز على خلاف انقياس كإساقى ولا شك أن انقياس ما عن أبي حنيفة في القربة من ماء النهر وأنه كبيع الطير قبل أن يصطاده كإلو باعه كرام من حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا بأنه لا يجوز الآن يكون سائماً أو مالا مستحسان الثابت بالتعامل فيقتضاه الجواز بعد أن يسمى نوع القربة في ديناراً مصر إذا لم تكن معينة مثل قوبة كفاية أو سقاية أو ور واسية كبيرة ثم بعد ذلك التغاوت يسير أهدر في الماء وتظهر ما نحن فيه ما اذا باع حنطة مجموع في بيت أو مطمورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحذيرة ان له الخيار اذا علم ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة جاز ولا خيار له الا أن يظهر تحتهاد كان أى صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن أبي جعفر باعه من هذه الحنطة قدر ما يلائم هذا الطشت جاز ولو باعه قدر ما يلائم هذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى بعث منك مالى في هذه الدار من الرقيق والدواب والشياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة المبيع ولو قال ما في هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في الصندوق والجواز لو قال بعث منك أصيبى من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه دون علم الدائع وتصديق البائع فيما يقول ولو اشترى موزوناً باع على أن يفرغ من وزن الاناء فيحيط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا فيما اذا باع الجدا لكائن في المجددة قبل لا يجوز حتى يسلم أولاً ثم يبيع والاصح جوازه. طلقا وهو اختيار الفقيه أبي جعفر اذا سلم قبل ثلاثة أيام ولو سلم بعد هالاي يجوز لان ما تدوب في كل ساعة وهو وجه من منع قبل التسليم غير أن النقص قليل قبل الايام الثلاثة غير معتبر فلذا أهـدرو جاز وقيل انه يختلف باختلاف الصيف والشتاء وغلاء الجذور وخصه فينظر الى ما بعده الناس كثيراً بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه قبل وساقى من هذا الباب شئ في خيار الرقبة ان شاء الله تعالى (قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة الآن يسمى جله قفرانها) يعنى أن موجب هذا اللفظ والاشارة ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه فيثبت حينئذ على وجه يكون الخيار للمشتري فان رضى هل يلزم البيع على البائع وان لم يرض أو يتوقف على قبوله أو يضاروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يجوز الا براضهم أو روى محمد خلافاً لقول فسخ البائع البيع بعد الكيل ورضى المشتري باخذ الكل لا يعمل فسخه وقال أبو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الأئمة الثلاثة ثم اذا جاز في قفيز واحد فالمشتري فيه الخيار لتعرف الصفة عليه دون البائع لان التفريق جاء من قبله بسبب عدم تسميته جله القفران (له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والتمن) ولا جهالة في القفيز فليزم فيه واذا زلت (قوله ولا يجوز في الوجهين) أى سمي جله القفران أولم يسلم (قوله لجهالة المبيع والتمن) فان قيل

حنيفة روجه الله وجهه القفران كالاول عندهما لابي حنيفة ان صرف اللفظ الى الكل متعذر لجهالة المبيع والتمن جهالة تقضى الى المنازعة لان البائع يطلب تسليم الثمن أولاً والتمن غير معلوم فيقع النزاع واذا تعذر الصرف الى الكل صرف الى الاقل وهو معلوم الآن تزول الجهالة في المجلس باء الامر من المذكورين فيجوز لان ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة كما تقدم فان قيل سلماً ان عقاده فاسداً لكن ينقلب جائزاً كما اذا كان فاسداً بحكم أجل مجهول أو شرط الخيار أربعة أيام أجيب بان الفساد في صلب العقد قوى يمنع من الانقلاب (قوله لابي حنيفة الى قوله جهالة تقضى الى المنازعة) أقول ولعل الاولى أن يقول جهالة تقضى الى امتناع تسليم الثمن الواجب بالعقد (قوله لان البائع يطلب تسليم الثمن أولاً الخ) أقول هذا غير معقول (قوله الآن تزول الجهالة الخ) أقول تأمل في هذا الاستثناء (قوله فان قيل سلماً ان عقاده فاسداً لكن ينقلب جائزاً) أقول بلا تقييد وفي المجلس (قوله كما اذا كان فاسداً بحكم أجل مجهول الخ) أقول

كان يبيع الى النيروز والمهرجان وقدم الحاج ثم أسقط الاجل قبل حواله وسيجىء تفصيله في آخر البيع الفاسد (قوله الا أجيب بان الفساد في صلب العقد قوى الخ) أقول برهان يقال اذا كان الفساد في صلب العقد ينبغي أن لا يرتفع أصله كما في بيع الدرهم بالدرهمين واسقاط الدرهم الزائد ويجوز أن يقال بان الفسا هنا محل الخلاف فضعف بخلافه

وبعده بالجلس وما ذكرتم فالفساد فيه ليس في صلب العقد بل لمر عارض فلا يتقيد بالجلس لضعفه لظهور أثره في اليوم الرابع وبامتداد الاجل (ولهما أن هذه جهالة الزاتهما في أيديهما وما كان كذلك فهو غير مانع) أما ان الزاتهما بأيديهما فلا ترفع بكيل كل منهما وقيد قوله بيدهما احترازاً عن البيع بالرقم فإنه لا يجوز أن الزاتهما بأيدي البائع أن كان هو الرقم أو يبدأ غير أن كان الرقم غيره وعلى كل حال فالمشتري لا يتقيد على الزاتهما أو أن كل ما هو كذلك فهو غير مانع فكما إذا باع عبد من عبيد على أن المشتري بالخيار وأجيب لابي حنيفة أن القياس في الفساد أيضا ألا ناجوزناه استحساناً بالنص ومعناه أنه في معنى ما ورد به النص على ما سيأتي فيكون ثابتاً بدلالة النص والاستحسان لا يتعدى إلى غيره ولهذا لم يجوز له أبو حنيفة في ما نحن فيه قياساً واستحساناً ثم إذا جاز في فقير واحد عند أبي حنيفة كان للمشتري الخيار لتفريق الصفقة عليه دون البائع لأن التفريق وإن كان في حقه أيضاً لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جله القفران فكان راضياً به وهذا صحيح إذا علموا ولم يسم وأما ما لم يعلم فالحال أنه نزل منزلة من باع ما لم يره ما يأتي فلا خيار له وفيه بحث أما (٤٧٣) أولاً فلان تفريق الصفقة ولو استلزم الخيار لا مرد وليس كذلك

فانه إذا باع الرجل عبداً مشتركا بالف ثم اشترى أحدهما بالكل فحسمه ثمة قبل نقد الثمن فإنه يجوز في نصيب الشريك ولا يجوز في نصيبه ولا خيار له فهنا تفرقت الصفقة ولم يوجد الخيار وأما ثانياً فلان قياس قول أبي حنيفة أن لا يخبر المشتري لزوم انصراف البيع إلى الواحد لعله كما لو اشترى فانه مدبر فانه لا خيار له في القن لعله أن البيع ينصرف إليه والحاصل أن الخيار يوجب التفريق والتفريق إنما يتحقق ان لو كان العقد وارداً على الكل والمشتري يقبل البعض وليس كذلك فهنا على قول أبي حنيفة والجواب عن الاول أن لا نسلم تفريق الصفقة لان الشراء

الآن تزول الجهالة بتسمية جميع القفران أو بالكيل في المجلس وصار هذا كولو أقر وقال لفلان على كل درهم فعليه درهم واحد بالاجماع وله ما أن الجهالة بيدهما الزاتهما ومثلها غير مانع وكذا إذا باع عبد من عبيد على أن المشتري بالخيار ثم إذا جاز في فقير واحد عند أبي حنيفة فالمشتري الخيار

بالتمسية أو الكيل في المجلس يثبت الخيار كما إذا ارتفعت بعد العقد بالزوية إذا لم ترف في الاصل ارتفع الجاهل به بعد لفظ العقد وكونه بالزوية يلغى بخلاف ما إذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر الفساد في المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعد لان ما في المجلس كالثابت في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط الخيار أربعة أيام بعد المجلس وكذا زال جهالة الاجل المجهول بعده حيث يجوز العقد زوال الفساد بعد المجلس لأن الفساد فيه مالم يتبين في صلب العقد فلا يتقيد برفع الفساد بالمجلس وهذا لان أثر الفساد فيه كما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الاجل وأما ما أورد من أن الجهالة وإن كانت ثابتة لم تكن الاتفاضة إلى المنازعة لان بعد العلم بان كل فقير بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفران كثيراً أو قليلاً فجوابه ان الفساد هنا جهالة الثمن بكمية خاصة وقدرة العدم والاشارة ولا معرفته سرعة غير ذلك وأما الجواب بمنع كونه مانعاً من مفضية إلى المنازعة لان البائع قد يطلب المشتري تسليم الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفته قدره فينداز عن افتتاه لانه لا يتصور أن يطالبه الا بعد أن يكيله لمعرفة القدر الذي يطالب به الا لا يمكن أن يطالبه الا بكمية خاصة مشار اليها ومضبوطة الوزن وحديثه يعلم المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع بعده هذا التقدير كان مطاللاً المنازعة المفسدة (ولهما أن هذه جهالة بيدهما الزاتهما) بان يكيل في المجلس والجهالة التي هي كذلك لا تنفي إلى المنازعة كبسع عبد من عبيدين سلمنا أن فيه جهالة الزاتهما ولكن الجهالة إنما تفسد البيع اذا كانت مفضية إلى المنازعة وهذه ليست بمفضية اليها لان كل فقير مقابل بدرهم وقد راضيه به فبعد ذلك لا يتفاوت بين أن تكون الصبرة مائة فقير أو لم تكن قلنا قد تنفي إلى المنازعة لان البائع يطالب من المشتري قبض الثمن أولاً والثمن غير معلوم وهذا لا يمنع مالم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن لان ذلك إنما يكون عند عرفان قدر المبيع فيتنازعا (قوله وله ما أن الجهالة بيدهما الزاتهما) ومثلها غير مانع فان قبل بل مثلها مانع أيضاً كإتيان البيع بالرقم فإنه فاسد وإن كانت

(٦٠ - فتح القدير والكفاية) - خامس لم يقع على الكل حتى يكون صرفه إلى البعض تفريقاً وانما وقع على نصيب شريكه لا غير لان وقوعه على نصيبه يلزم شراهما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وأنه لا يجوز فصار كمن اشترى قنوا ومدبراً ان البيع ينصرف إلى القن فقط لان المدبر لا يقبل النقل ولا خيار له في القن وعن الثاني بان انصراف البيع إلى فقير واحد مجتهد فيه والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل (قوله لان التفريق وإن كان في حقه أيضاً لكنه جاء من قبله بالامتناع عن تسمية جله القفران وكان راضياً به وهذا صحيح إذا علموا ولم يسم الخ) أقول وعندى أن يحجى التفريق من قبله بالامتناع عن التسمية نعم صورة عدم علمه بمثلها فانه كان يمكنه أن يزيل ذلك الجهل بطريق ثم بشرع في البيع بحيث لم يفعل ذلك ولم يسم كان راضياً بموجبه فتأمل (قوله فالوجه أنه نزل منزلة من باع ما لم يره ما يأتي فلا خيار له) أقول ان أراد أنه لا خيار له مطلقاً ولو إذا تفرقت الصفقة عليه فليس كذلك وان أراد أنه ليس له خيار الزوية فسلم وما نحن فيه ليس كذلك بل الخيار بتفريق الصفقة ثم الاولى ناخير قوله لما يأتي عن قوله فلا خيار له فليست (قوله وعن الثاني بان انصراف البيع إلى فقير واحد مجتهد فيه الخ) أقول قبل الانصراف إلى نصيب الشريك في ما سبق مجتهد فيه أيضاً ولهذا لا يبيع الفساد على ما سيجي في باب البيع الفاسد في الفرق

المجتهد فيها فيلزم تفريق الصفقة على قولهما وان لم يلزم على قول أبي حنيفة وهذا ضعيف لان قوله ما ان السكك مبيع فن أن التفريق والاولى أن يقال قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة لان الصيغة وضوءة للكثرة وقصد هما أيضا الكثرة وما تمنع شرعي عن الصرف الى الجميع واهذا العلم القدر في المجلس جاز والصرف (٤٧٤) الى الأقل باعتبار تعدد الكل للجهالة صرف للعقد الى بعض ما دل عليه الاقطن

المبيع وقصد العاقدان وليس تفريق الصفقة الا ذلك بقي أن يقال فكان الواجب أن يثبت الخيار للعاقدين جميعا وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه قوله وكذا اذا قيل في المجلس أو سمي جميع قفزانها يعني كان للمشتري الخيار لكن لا بذلك التعليل بل بما قال لانه علم ذلك الآن فرما كان في حدسه أو وطنه ان الصبرة تأتي بمقدار يحتاج اليه فزادت وابتسر له من الثمن ما يقابلها ولا يمكن من أخذ الزائد مجانا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا نصار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع وهكذا في الموزونات والمعدونات المتقاربة وأما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فالبائع عند أبي حنيفة رجما منه الى الجميع فاسد وقياس قوله والصرف الى الواحد كما في المكيلات الا أن التفاوت بين الأشياء موجود وفي ذلك جهالة تغضي الى المنازعة بخلاف المكيلات وحكم المذروعات اذا بيعت مذراعة حكم الغنم

لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا قيل في المجلس أو سمي جملة قفزانها لانه علم ذلك الآن فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع

أو ثلاثة على أن المشتري بالخيار باخذ أي ما شاء وقد أو رد عليه نقض اجمالى لو صح ما ذكر من أن الجهالة التي يدهما ازالتها غير مانعة من الصحة لزم صحة البيع بالرغم عندهما وأنه يجوز بيع عبد من أربعة على أن المشتري مخير في تعيينه وأن يجوز البيع بأي ثمن شاء لكن البيع في السكك باطل أجيب بان البيع بالرغم يمكن الجهالة به في صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه أنه سيظهر كذا وكذا وجوازه اذا علم في المجلس بعقد آخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البائع يعلم بكيل المشتري ومثل هذا القول البيع بأي ثمن شاء ومثله في أحد العبيد الاربعة في جانب المبيع فان البيع لا ينقضي في غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان معة ضى هذا لأن لا يجوز في عبد من ثلاثة الا أنه يثبت بدله تص شرط الخيار ثلاثة أيام ولا يخفى ان كل أجوبة هذه النقوض تصلح أدلة لابي حنيفة فانها تضمنت تسليم أن الجهالة وان كانت يدهما ازالتها بعد كونها في صلب العقد وهي أن تكون في الثمن ازالة الجهالة يدهما قلنا انما قصد البيع بالرغم لان فيه زيادة جهالة تمكنت في صلب العدة وهو جهالة الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري فصار هو بسببه بمنزلة القمار لا به يحتل أن يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم أو أكثر أو أقل وعن هذا قال الشيخ الامام شمس الانعة الحلواني رحمه الله وان علم بالرغم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد جائزا ولكن ان كان البائع دائما على الرضى فرضى به المشتري ينقضي بينهما عقد ابتداء بانتراضى وأما في مسئلة ناقدر المبيع كما يعلم بكيل البائع فكذلك يعلم بكيل المشتري فكان ازالة الجهالة يدهما فيجوز وأما جواب أبي حنيفة رحمه الله من بيع عبد من عشرين أن القياس فيه الفساد أيضا لأننا جازناه استحسانا بالنص والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أن كلمة كل متى أضيفت الى ما لم يعلم منتها تناول أدناه وهو الواحد كقولنا لفلان على كل درهم يلزمه درهم واحد وكذا اذا اشترى صبرة من حنطة كل قفيز بدرهم وكذلك اذا أجزأه كل شهر يلزمه العقد في شهر واحد وعندهما كذلك فيما لا يكون منتها معلوما بالاشارة اليه وأما فيما يعلم جلته بالاشارة فالعقد يتناول السكك كقولنا كان معلوم الجنس بالتسمية لان الاشارة أبلغ في التعريف وههنا الجهالة معلومة بالاشارة فيجوز العقد في السكك عندهما ولا جهالة في ثمن كل واحد منهما والجهالة التي في جملة الثمن لا تغضي الى المنازعة وفي القوائد الظاهرية فان قيل ماذا كره أبو حنيفة وصاحباه رجهم الله ينقض بما اذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق أو قال كل عبد أشترى فهو حر فإنه ينصرف الى كل امرأة تزوجها وإلى كل عبد يشترى فيه فيبني أن لا يجوز هذا على ذلك الاصل المذكور اتفاقا قلنا نحن ندعي ذلك فيما تجرى فيه المنازعة لا فيما لا يجري فيه النزاع (قوله لتفرق الصفقة عليه) فان قيل ينبغي أن يكون للبائع الخيار أيضا لتفرق الصفقة عليه أيضا قلنا لتفرق في حقه جاء من قبله لا مناعه عن الكيل للكل فكان راضيا به فان قيل ينبغي أن لا يكون للمشتري الخيار على قول أبي حنيفة رحمه الله لان شراء الصبرة يقع على قفيز واحد عنده فكانه اشترى قفيزا من صبرة وثمة لا يكون له الخيار قلنا هذه المسئلة مجتهد فيها لا يعرف حكمه كل فقيه فكيف العامي فاذا لم يكن المشتري عالما بان العقد واقع على قفيز واحد وقد علم الآن يثبت الخيار عند العلم كقولنا أو سمي جملة قفزانها في المجلس بمنزلة ثبوت الخيار للمشتري فيما لم يره ثم رآه لان الثمن كان

(قوله وهذا ضعيف لان قوله ما ان السكك مبيع فن أن التفريق) أقول فيه انه يجوز أن يكون مراد الجيب انهما قال يقصدان كون السكك مبيعا على مذهبهما والقاضي يحكم بمذهب أبي حنيفة فتفرق الصفقة عليه ما فليتامل (قوله وما تمنع شرعي عن الصرف الى الجميع الخ) أقول فيه بحث فان الجهالة مانعة كما اعترف به (قوله وقد تقدم الجواب في صدر هذا البحث عنه) أقول وقد تقدم ما في الجواب الذي اختاره أيضا

قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذلك من باع ثوبا بذراعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جله الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في السكك لما قلنا وعنده ينصرف إلى الواحد) لما بيننا غير أن بيع شاة من قطيع غنم وذراع من ثوب لا يجوز للفاوت وبيع ففيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة في وتفضي اليها في الأول فوضع الفرق

كالبيع بارقه وبأي ثمن شاء وفي المبيع كبيع عبد من أر بعته تمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع إمكان إزالة الثابت في محل النزاع إذ جاز أن يظهر كونه مائة أو خمسين الإكيل أحدهما وكون ذلك بكيل كل منهما وفي الرقم يظهر بالبائع فقط لا أثر له في دفع منع الحظر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد وإذا فسد البيع في عبد من أر بعته والجهالة في مضبوط لاختصارها في احتمالات أر بعته لا تعداها فلان تفسد في صبرة لا تقف الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه أر بيع لمكانات أو عشرة أول بل ويسجل عامهما بطلان قياسهما على بيع عبد من عبد من إذا ظهر من الجواب أنه معدول من القياس ولذا امتنع في أر بعته أو حصة تدفع قول أبي حنيفة وتظهر أن كون العاقدين بيدهما إزالة جهالة في صلب العقد من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل إزالة التبدل الإجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع إمكان إزالتها وتأييدها إذا أزيلت في المحاسن وهما على رضاها ثبت بعقد التراضي والمعاينة لا بعين الأول كذكر في الرقم بل ولهذه الفرق والمذكورة أمثال يطول عدها به مال البيع فيها الجهالة في الثمن أو المبيع مع إمكان إزالة أحد المتعاقدين لها وتأخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيح قوله ما وهو ممنوع وأما ما يحمل قول أبي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من أن الأصل عنده أنه متى أضيف كلمة كل إلى ما لا تعلم نهايتها فاعلمنا أن أدناه أصابنا من الإلغاء كالأقرار بأن عليه كل درهم أنما يلزمه درهم واحد وكذا الجارة كل شهر بدرهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لأنه لو منع صحة هذا الأصل كان أثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو نفسه أصل هذا الأصل \* (فرع) \* اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر بشرط أن يوفيه في منزل من المصر فباعه فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترى لنفسه منفعة الحبل فسد ولو كان في المصر بشرط أن يحمله إلى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله بشرط أن يوفيه في منزله ففي القياس فاسد وهو قول محمد واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف جوازه بالعزف فان الإنسان يشتري الحطب والشعير على الدابة في المصر ولا يكتري دابة أخرى يحمله عليها البائع هو يحمله بخلاف خارج المصر وبعض المشايخ يفرقون بين لفظ الحبل والبيع في الاستحسان لان المراد منها واحد واختار شمس الأئمة الفرق فان الإيفاء من مقتضيات العقد فشرطه لا يمت بخلاف الحبل (قوله ومن باع قطيع غنم الخ) لما ذكر الصورة السابقة في المثليات ذكر نظيرها في التيميات فاذا أضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بأن قال بعثك هذا القطيع كل شاة بدرهم أو هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جله الثمن فسد في السكك عند أبي حنيفة أما إذا سمي أحدهما فيصيح بالاتفاف لعلهم بشام الثمن مطابقة أو التزاما فيما إذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في السكك لما قلنا من أن الجهالة بيدهما إزالة الثمن وينصرف إلى الواحد لما بيننا من جهالة كل الثمن والغناء كون ارتفاعها بيدهما غير أن الاتحادا متفاوتة فلم ينقسم الثمن على الجله بالأجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد ففسد في السكك ولهذا لو باع شاة أو عشرة من مائة شاة أو بطيخة أو عشرة من ورق بطيخ كان باطلا وأما الجواز فيها إذا عزل لها وذهب والبائع ساكت فبالتعاطى على ما قدمنا قال الغتابي ان ذلك في ثوب بضرة التبعض أما في الكسك فباس فينبغي أن يجوز عنده في ذراع واحد كافي الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كجمل بطيخ كل بطيخة بقرطيس والرمان والسفرجل والخشب والوانى والرقيق والابل ولو باع نصيبه مجهول القدر عنده وانما انكشف الحال في مقدار الواجب عليه تمنى في الحال فيختبر لاجله ويسمى هذا الخيسار

إذا لم يبين جله الذرعان وجهالة الثمن وأما إذا بينهما أو أحدهما كما إذا قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب وهو عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أو قال بعثك هذا الثوب بعشرة دراهم كل ذراع بدرهم فصح أما الأولى فظاهرة وأما الثانية فلان المعقود عليه معلوم وجهالة الثمن صارت معلومة ببيان ذرعان الثوب وأما الثالثة فلانه لا يسمى لسكك ذراع درهمين وجهالة الثمن صار جميع الذرعان معلوما وكذا كل معدود متفاوت كالخشب والوانى وأما عندهما فهو جائز في السكك لما قلنا

(قوله فهو جائز في السكك لما قلنا) أقول من ان إزالة الجهالة بيدهما

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انهما مائة فقير بمائة درهم) فلا يتخلو عند الكيل من أن يكون مثل ذلك أو أقل منه أو أكثر فان كان الاول فذلك وان كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الغشخ لتفرق الصفة الواجب لانتفاء البيع بانتفاء الرضاوان كان الثالث فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين وهو المائة وكل ما وقع على مقدار معين لا يتناول غيره الا اذا كان وصفا

(٤٧٦)

قال (ومن ابتاع صبرة طعام على انهما مائة فقير بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع) لتفرق الصفة عليه قبل التمام فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها أكثر فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أراضا على أنهما مائة ذراع بمائة درهم فوجدها أقل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بحجملة الثمن وان شاء ترك) لان الذرع وصف في الثوب ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض

من هذا الطعام روى الحسن عن أبي حنيفة لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير الالقي باصـله المذكور في الخلافة وفي الخلاصة اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كذا في بيع الصبرة كل فقير بدرهم وان كان العنب أجناسا لا يجوز البيع أصلا عند أبي حنيفة كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا كذا في وقر الصدر الشهيدي والفقير أبو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد مائة فاعليه وان كان من أجناس مختلفا فانه ثم قال الفقير والقنوي على قولهما تيسير الامر على الناس انتهى وتفرع بيع الصدر الشهيد وأوجه (قوله ومن ابتاع صبرة طعام على أنهما مائة فقير بمائة) متلا (بمائة) تعلق العقد على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكبلا وموزنا (وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفة) الواحدة (عليه) وكذا الخلاصة في كل مكيل وموزن (وان وجدها زائدة فالزائد للبائع لان البيع وقع على مقدار معين) ليس له جهة الوصفة فيزاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبائع ولو كان المشتري ثوبا أو أراضا على أنه عشرة بعشرة أو مائة ذراع بمائة فوجدها المبيع أقل فان شاء أخذ الموجود بكل الثمن وان شاء ترك وان وجدها زائدة على العشرة والمائة كان السكل للمشتري (ولو) كان (قال على انهما مائة ذراع) مثلا (بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها أقل فله المشتري الخيار) ان شاء أخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفة عليه (وان كان) وجدها أكثر فله الخيار ان شاء أخذ السكل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وأصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرق بين كان تابعه محضا فلا يقابل بشئ من الثمن وذلك فيما اذا قال على انهما مائة بمائة ولم يزد على ذلك واذا كان تابعه محضا في هذه الصورة والتابع لا يقابلها شئ

الكشف (قوله والقدر ليس بوصف) اعلم أن المشايخ ذكر وافي الفرق بين الاصل والوصف حدودا قبل ان ما يتعيب بالتعيب والتشقيص فالزائد والنقصان فيه وصف وما لا يتعيب بالتعيب والتشقيص فالزائد والنقصان فيه أصل وقيل الوصف ملو جوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره والأصل مالا يكون بهذه المثابة وقيل ان مالا ينتقص الباقي بغوانه فهو أصل وما ينتقص الباقي بغوانه فهو وصف فعلم بهذا أن القدر في المكيلات والموزونات أصل والذرع في المذروعات وصف فاذا انتقص فقير من مائة فقير لا يتعيب الباقي ويشتري الباقي بالثمن الذي كان بحصته مع الفقير الواحد والباقي العين اذا فافتا تنتقص قيمة التعيب وكذا الذراع الواحد من الثوب والدار اذا فافتا لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه فان العباى اذا كان خمسة عشر ذراعا يشتري بخمسة عشر دينارا فاذا انتقص خمسة أذرع منه لا يشتري الباقي

والوصف

يعني المكيل لان المقدار ليس بوصف فيقابلة الثمن فلهذا يأخذ بحصته

(قوله وان كان الثاني خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن وبين الغشخ لتفرق الصفة الخ) أقول قوله لتفرق الخ ينبغي أن يكون علته للفسخ لا لقوله خير اذ لا معنى له وأيضا لا يكون الكلام مطابقا للمشروح (قوله لتفرق الصفة عليه) أقول فرق بين التفرق والتفرق فلا بخالفة لما سبق قال المصنف (ألا يرى انه عبارة عن الطول والعرض) أقول لا أن فيما نحن فيه عبارة عن الطول

والقدر أي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف فالبيع لا يتناول له فكان للبائع لا يجب تسليمه الا بصفة على حدة وكذا قبض المشتري وكان كل من العاقدين مخيرا فيها ان شاء باشرها وتركها واذا كان المشتري مذروعا كان اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم أو أراضا على انهما مائة ذراع فوجدها أقل خير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن المسمى وبين تركه لان الذرع وصف في الثوب المبيع وكل ما هو وصف في البيع لا يقابله شئ من الثمن فالذرع في الثوب لا يقابله شئ من الثمن اما أنه وصف فقد بينه بقوله ألا ترى انه عبارة عن الطول والعرض وهما من الاعراض وأما أن الوصف لا يقابله شئ من الثمن فقد بينه بقوله كطراف الحيوان فان من اشترى اجارية فاعوروت في يد البائع قبل التسليم لا ينتقص من الثمن شئ فلهذا أي فليكون الذرع وصفا لا يقابله شئ من الثمن ياخذ الموجود بكل الثمن بخلاف الفصل الاول

وقال (الأنه يتخير) استثناء من قوله ياخذ به بكل الثمن وعلى هذا اذا وجدها أكثر من المزرع الذي سماه كان الزائد للمشتري ولا خيار للبائع لانه وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن فصار كما اذا باع عبد اعلى انه أعبى فاذا هو بصير واعلم أن هذه المسئلة من أشكال مسائل الفقه وقد منع أن يكون المزرع في المذروعات وصفا والاستدلال بقوله ألا ترى انه عبارة عن الطول والعرض غير مستقيمة لانه كما يجوز أن يقال شيء طويل وعريض يقال شيء قليل أو كثير ثم عشرة أفقره أكثر من تسعة لا محالة فكيف جعل المزرع الزائد وصفا دون القفيز وجوابه موقوف على معرفة اصطلاح القوم في الأصل والوصف واختافت عباراتهم في ذلك فقال بعضهم ماتعيب بالتقصيص فالزائدة والنقصان فيه وصف وما ليس كذلك فالزائدة والنقصان فيه أصل وقال بعضهم ما لوجوده تأثير في تقديم غيره (٤٧٧) ولعدمه تأثير في نقصان غيره فهو وصف وما

ليس كذلك فهو أصل وقيل  
مالا ينقص الباقي بقواته  
فهو أصل ومالا يكون كذلك  
فهو وصف وهو قرييب من  
الثاني والمكيل لا يتعيب  
بالتعويض والمذروع يتعيب  
وعشرة أفقره اذا انتقص  
منها قفيز فالتسعة تشتري  
بالثمن الذي يخصها مع  
القفيز الواحد فيما اذا قال  
اشترت هذه الصبرة بعشرة  
درهم على انها عشرة أفقره  
وأما المزرع الواحد من  
اشوب أو الدار اذا انتقص  
فان الباقي لا يشتري بالثمن  
الذي كان يشتري معه فان  
الاشوب العتاي اذن مشلا  
اذا كان خمس عشرة ذراعا  
فالخمس الزائدة على العشرة  
تزيد في قيمة الخمسة وفي قيمة  
العشرة أيضا واذا عرف  
هذا عرف ان القلة والكثرة  
من حيث الكيل أو الوزن  
أصل ومن حيث المزرع  
وصف وهو اصطلاح يقع  
على ماهو المتعارف بين  
التجار فان قيل سلما ان

والوصف لا يقابله شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلماذا ياخذ به بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان المقدار يقابله الثمن فلماذا ياخذ به بخصته الا انه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيحتل الرضا قال (وان وجدها أكثر من المزرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع) لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باع معينا فاذا هو سليم (ولو قال بعتهكها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بخصته من الثمن وان شاء ترك) لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب

من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن أو اعورت عند المشتري جازله أن يرجع على غنم بالبيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجد لا يحسن الكتابة وله الزائد في الصورة الزائدة (كما اذا باعه) على انه معيب فوجد سليما هذا اذا لم يقرب بالثمن فان أفرد بالثمن وهو ما اذا قال على انها مائة مائة كل ذراع بدرهم صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الزمتهن الشباب على انها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يتخير بين أن ياخذ الاثواب الموجودة بخصته من الثمن وبين أن يفسخ لتفريق الصفة فكذا اذا وجد المزرع ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو أخذها بكل الثمن لم يكن أخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصبر ورته أصلا كالمسلم له الثوب المفرد فيما اذا زادت عدد الشباب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الشباب اذا زادت فسد البيع

بعشرة نانير (قوله والوصف لا يقابله شيء من الثمن) دل عليه أن الجارية اذا اعورت في يد البائع قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن وكذا لا يشتري أن يبيعها مائة بالثمن الاول من غير بيان فان قيل الاوصاف لم يقابلها شيء من الثمن وجب أن لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا امتنع الرد حتى أن رجلا لو اشترى عبدا فاعتقه أو مات عنه ثم اطلع على أنه لم تكن أصابعه تامة يرجع على بائعه بالنقصان وكذا الاصابع وصف فيه لا دخوله تحت حد الوصف قلنا الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة أو حكما أم حقيقة فكما اذا باع عبدا فقطع البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالقطع وأما حكما فبان يكون امتناع الرد لحق الشارع أو لحق البائع أما حق البائع فكما اذا تعيب المبيع عند المشتري وأما حق الشارع فكما اذا زاد المبيع بان كان ثوبا غاطها ثم وجد عيبا فالوصف متى صار مقصودا باحد هذين ياخذ قسطا من الثمن كذا في الفوائد الظهيرية (قوله كاطراف الحيوان) كما اذا اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم (قوله ولو قال بعتهكها على انها مائة ذراع كل ذراع بدرهم)

المزرع وصف لكن لا تسلم ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فان المبيع المعيب اذا امتنع رده رجع المشتري بنقصان العيب كن اشترى عبدا وأعتقه أو مات ثم اطلع على نقصان اصبع يرجع على بائعه بالنقصان وكذا الاصابع وصف فيه لا دخوله تحت حد الوصف المذكور وأوجب بان كلامنا في الوصف لا في الوصف المقصود بالتناول فانه اذا صار مقصودا بالتناول حقيقة كما اذا قطع البائع يده بعد المبيع قبل التسليم أو حكما كما اذا امتنع الرد لحق البائع كما اذا تعيب المبيع عند المشتري أو لحق الشارع بان كان ثوبا غاطها المشتري ثم اطلع على عيب أخذ شيئا بالاصل فاخذ قسطا من الثمن ولو قال بعتهكها يعني الشباب والمذروعات كذا في النهاية وفيه نظر لان المبيع ان كان ثوبا لم تكن هذه المسئلة الاولى ان يقال يعني الارض فاذا باعها على انها مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم فان وجدته ناقصة أخذها المشتري بخصته من الثمن أو ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار أصلا بافراده بذكر الثمن فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب



وهذا معنى قولهم ان الوصف يقابله شيء من الثمن اذا كان مقصودا بالتناول وهذا أى أخذها بحصتها من الثمن انما هو لانه لو أخذها بجميع الثمن لم يكن المشتري أخذ كل ذراع بدرهم وهو لم يبيع الإشرط أن يكون كل ذراع بدرهم لان كلمة على تاتي للشرط كما عرف في موضعه ونوقض بالمسئلة الاولى لان الذراع لو أمكن أن يكون أصلا بذكر الثمن كان أصلا في المسئلة الاولى أيضا لانه ذكر عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع ومقابلة الجله بالجله تقتضي انقسام الأضاد على الأضاد وأجيب بان الذراع أصل من وجهه من حيث انه من أجزاء العين التي هي مبيعة كالقفيز ووصف من وجهه من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن كالجلال والسكابة ثم لو جعلنا عشرة أذرع منقسمة على الأفراد عند ذكر كل ذراع لزم الغناء بجهة الوصفية من كل وجه فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره وبالأصلية عند ذكره عيلا بالشبهين وفيه نظر لان قوله من حيث انه لا يقابله شيء من الثمن معلول للوصفية فلا يكون عليه لها والاولى أن يقال اذا لم يفر د كل ذراع بالذ كر كان كون كل ذراع مبيعا ضمنا ولا يعتبر بذلك لاسا ذكرنا ان الوصف يصير أصلا اذا كان مقصودا (٤٧٨) بالتناول وان وجدت زيادة أخذ المشتري الجميع كل ذراع بدرهم أو فسخ أو ما خيار الفسخ فلانه

وهذا لانه لو أخذ به بكل الثمن لم يكن أخذ كل ذراع بدرهم (وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع) لانه ان حصل له الزيادة في الذرع تلتزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيختير وانما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذ بالاقول لم يكن أخذًا بالمشر وط قال (ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقال هو جائز وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا)

لأنهم جعلوا البيع لان المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يراد بالبيع بسبب انه أصل من كل وجه أما هنا فالذراع ليس أصلا من كل وجه لفسد فيثبت بالخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لانه وان صح له أخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعد البيع فكان له الخيار واذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفا مارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر في المثلثات الأصلاد انما مع أن الطول والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتج الى الفرق فيحصل لان المثلث لا تنقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة السكينة مائة قفيز لو صارت الى قفيزين في القلة لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض الا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباه أو فزجيسة حصصان ثمن اذا قسم على أجزاءه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افر د الذراع وبيع بغيره لم يساوي الاسواق ذلك المقدار بل أقل منه بكثير وذلك لانه لا يغيد الغرض الذي يصنع بالثوب السكامل فقلنا أن كل جزء منه يعتبر كثوب كامل مفرد (قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رضى الله عنه وقال هو جائز) وبه قال الشافعي رحمه الله (وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم) منها (جاز في قولهم جميعا) ومبنى الخلاف على أن المؤدى من عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائزا اتفاقا كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤداة قدر معين فوجدنا ناقصة المشتري بالخيار ان شاء أخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف من وجهه لماسر وأصل من وجهه لانه عين ينفع به بانفراده فعملنا بالشبهين في الجانبين فقلنا اذا قابل كل ذراع بدرهم كان

ان حصل له الزيادة في الذرع لزمه الزيادة في الثمن وفي ذلك ضرر فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر فيختير وأما لزوم الزيادة فلما بينا أنه صار أصلا مشروطا ولو أخذ بالاقول لم يكن أخذًا بالمشر وط وفيه بحث من وجهين أما الاول فهو ان كل ذراع ان كان بمنزلة ثوب على حدة فسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل كالأقوال والعقد وردا على أثواب عشرة وقد وجدت أحد عشر أو تسعة على ما سبقت وأما الثاني فهو ان الذراع لو كان أصلا بافرا د ذكر الثمن استمتع بدخول الزيادة في العقد كما دأب عبرة على انما عشرة أقررة فاذا هي أحد عشر فان الزيادة لا تدخل البصفة على حدة وقد تقدم وههنا

دخلت في تلك الصفة والجواب عن الاول أن الاثواب مختلفة فتكون العشرة المبيعة مجعولة جهالة تقتضي الى المنازعة لهما والذراعان من ثوب واحد ليست كذلك وعن الثاني بان الذراع الزائد لم يدخل كان بائعا بعض الثوب وفسد البيع فحكمنا بالدخول تحريا في الجواز والقفيز الزائد ليس كذلك قال (ومن اشترى عشرة أذرع) شراء عشرة أذرع (من مائة ذراع من دار أو حمام) أعني أن يكون المبيع مما ينقسم أو مما لا ينقسم فاسد عند أبي حنيفة وعندهما هو جائز اذا كانت الدار مائة ذراع وشراء عشرة أسهم من مائة سهم جائز بالاتفاق (قوله وفيه نظر لان قوله من حيث هو الخ) أقول تسامح في العبارة فان معلول الوصفية هو عدم مقابلة شيء من الثمن لاهذا القول (قوله فلا يكون عليه لها) أقول يجوز أن يكون العلم بالوصفية معلولا لما ذكر مع كون نفس الوصفية له بال لزوم المصادرة (قوله والاولى أن يقال يعنى الارض) أقول فيه ان قول المصنف فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ينشأ عن ارجاع الضمير الى الارض كما لا يخفى ثم يجوز أن يرجع الضمير الى الثوب باعتبار كونه مائة ذراع أو لكونه بمنزلة الثياب حيث نزل كل ذراع بمنزلة ثوب واحد واهل هذا ناول ما في النهاية (قوله فسد البيع اذا وجدها أكثر أو أقل الخ) أقول ممنوع كانه يظهر في مسئلة اشتراء العدل على انه عشرة أثواب (قوله وعن الثاني بان الذراع الخ) أقول ويجوز أن يجب عن الثاني

(لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع) كعشرة أسهم من مائة سهم في كونها عشر افتتصها الجواز واحد هما تحكم ولا يحنيفة ان الذراع حقيقة في الآلة التي ينزع بها وارايتها ههنا معدة فيصير مجازا لما يحله بطريق (١٧٩) ذكر الحال واردة الحمل وما يحله لا يكون الامعينا

مشخصا لانه فعل حسى يقتضى محلا حسيا والمشاع ليس كذلك فاما يحله لا يكون مشاعا فلا يسهل عمله فيه  
الذراع لعدم مجوز الجواز (وذلك) أى العشرة الاذرع غير معلوم هنا اذ لم يعلم أن العشرة من أى جانب من الدار فيكون مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة بخلاف السهم فانه امر عقلى لا يقتضى محلا حسيا فيجوز أن يكون في الشائع فالجهالة لا تفضى الى المنازعة فان صاحب عشرة أسهم يكون شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبه هاهنا وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيب من أى موضع كان ولا فرق عنده بين ما اذا علم جلة الذرعان كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع وابن ما اذ لم يعلم كما اذا قال عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز خلافا

بانه لما كان في الذراع جهتا الاصلية والوصفية حكم بدخول الزائد بزيادة الثمن مراعاة لتبنيك الجهتين

لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما ينزع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما اذا علم جلة الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح بخلاف ما يقوله الخصاص

والجوانب مختلفة الجودة فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة ففسد البيع فلا تنفعوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة بمعنى على أنهم يعدون الكواكب ولا كتاب لهم أولهم كتاب فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه أو على الأول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في ترجيح المبني فابو حنيفة يقول (الذراع اسم لما ينزع به) ومعلوم أنه لم يرد بالمبيع عشر من الخشب ان الذي ينزع بها فكان مستعرا لما يحله وما يحله معين فكان المبيع معيننا مقدرا بعشرة أذرع (بخلاف) عشرة أسهم لان السهم اسم للجزء الشائع فكان المبيع عشرة أجزاء شائعة من مائة سهم وقد يقال ان تعيين جلة ذرعان الدار فربما على أنه انما أراد بيع الشائع لان به يعرف نسبة العشرة من السهم الا انها العشرة في تعيينه لان العشرة أذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين السهم وعدمه وقد يقال فائدة لا تتعين في ذلك الجواز أن يرفع به الفساد فان بيع عشرة أذرع من ثوب لا يجوز على قول أبي حنيفة ولا على قولهما على تخريج طائفة من المشايخ وعلى قول آخر من يجوز لانها جهالة بيدهما ازاها في ذرع السهم فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة لجواز أن يكون العاقد يرى الرأى الأول ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة أذرع من مائة ذراع طهر أن ما قال الخصاص من أن الفساد عنده فيما اذ لم يعرف جلة الذرعان وأما اذا عرف جلتها فالبيع عنده صحيح غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهالة كما قلنا لا بمعرفة قدر جلة المبيع لا تنتفي الجهالة عن البعض الذي يبيع منه واختلف المشايخ على قولهما فيما اذا باع ذراعا أو عشرة أذرع من هذه الارض ولم يسم جلتها فقل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبارانه جزء شائع معلوم النسبة من السهم وذلك فرع معرفة جلتها والصحيح انه يجوز لانها جهالة بأيديهم ما ازاها بتباين تقاس كما هي يعرف نسبة الذراع أو العشرة

أما لان مقابلة الثمن من خواص كونه أصلا اذا الثمن لا يقابل الاوصاف فقل كل ذراع منه منزلة ثوب فان قيل الذراع لو كان أصلا على تقدير الافراد بذكر الثمن بقوله كل ذراع بدرهم يجب أن يمنع دخول الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على أنها عشرة أفقره فاذا هي أحد عشر لا تدخل الزيادة في العقد قلنا لفرق بينهما هو أن الزيادة لم تدخل في العقد يفسد العقد لانه يصير بائعا بعض الثوب وأنه لا يجوز بخلاف الصبرة كذا في القوائد الظهير يتوفى شرح الطحاوى وكذلك كل وزنى اذا كان في تبعيه مضرة كالذرة وكالاناء من فضة أو صغرا وما أشبه ذلك اشتراه على أنه كذا فوجده أقل أو أكثر فهو على التخصيل الذي ذكرناه في الذرع لان الوزن ينفي في تبعيه مضرة من جلة الصفة كالذرع في الذرعى (قوله وهو المعين) أى الذى وقع عليه الذراع معين إلا أنه مجهول لان الخشبة تحل مكانا معيننا فيكون مجازا عن المعين لاعتبار الجزء الشائع لاستحالة ذرعه وانما الجهالة في أن تلك العشرة في أى موضع من الدار في صدرها أو أسفلها أو في غير ذلك بخلاف السهم لان عشرة أسهم شائع في السهم فلم يلزم فيه جهالة تفضى الى المنازعة فكان صاحب عشرة أسهم شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر نصيبه ههنا وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل قدر نصيبه في أى موضع كان فلا تؤدى الى المنازعة (قوله خلافا لما يقوله الخصاص رحمه الله) ذكر الخصاص في هذه المسئلة أن فساد المبيع عند أبي حنيفة رحمه الله لجهالة جلة الذرعان فاما اذا عرفت

ولعل هذا أولى بما ذكره الشارح قال المصنف (وله ان الذراع اسم لما ينزع به واستعير لما يحله الذراع) أقول قال الاتقاني كان القياس أن يقول استعيرت لانه أسند الى ضمير الذراع وهى مؤنثة لكن ذكر الفعل على تأويل الذراع بما ينزع به اه لكن قال في القاموس الذراع بالكسر من طرف المرفق الى طرف الاصبع الوسطى والساعد وقد يذ كرفه ما يحجم أذرع وذرعان بالضم اه و ذكر باعتبار الخبر

لما يقوله الخصاص ان الفساد انما هو عند جهالة الذرعان واما اذا عرفت مساحتها فانه يجوز جعل هذه المسئلة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم اذا كان عدد جله (٤٨٠) الشياه معلوما فانه يجوز عنده قال (ومن اشترى عدلا على انه عشرة ثواب) عدل

ابقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة ثواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فساد البيع لجهالة المبيع أو الثمن (ولو بين لكل ثوب ثمننا جز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يحز في الزيادة) لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضا وليس يصح

منها في علم قدر المبيع (قوله ومن باع عدلا) صورتم أن يقول بعثك ما في هذا العدل على انه عشرة أو ثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمننا بل قابل المجموع بالمجموع (فاذا هو تسعة أو أحد عشر فساد البيع لجهالة المبيع) في صورة الزيادة لما قررنا من قريب في الفرق بين الثوب والنزاع الذي صار أصلا من وجهه (والثمن) في صورة النقصان لأن الثمن لا تنقسم أجزاءه على حسب أجزاء المبيع العقبى والشياب منه فلم يعلم للثوب الأذهاب حصته معلومة من الثمن المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا (ولو) كان (فصل لكل ثوب ثمننا) بأن قال كل ثوب بعشرة (جاز) البيع (في فصل النقصان بقدره) أي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن مع ثبوت الخيار للمشتري لتفريق الصفة عليه (ولم يحز في الزيادة) لأن جهالة المبيع لا ترتفع فيه ولو وقع المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الأحدى عشر (وقيل عند أبي حنيفة لا يجوز) البيع (في فصل النقصان أيضا) قال في الذخيرة وأكثروا مشايخنا على أن ما ذكر في الكتاب من أن البيع جائز في الشياب الموجودة قوله ما أعل على قول أبي حنيفة فالعقد فاسد

مساحتها يجوز عنده وجعل هذه المسئلة على قياس ما لو باع كل شاة من القطيع بعشرة ان كان عدد جله الشياه معلوما يجوز عنده وان لم يكن معلوما لا يجوز وذكر أبو يوسف الشرطي رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة فخرجه الله البيع فاسدا وان علم جله الذرعان وهو جواب الجامع الصغير وهو الصحيح (قوله ابقاء الجهالة) أي الجهالة بأقية علم جله الذرعان أول لم يعلم فالمشتري يطالبه من مقدم الدار والبائع يسلم من مؤخرها فتؤدي إلى النزاع ومما يوضح الفرق بين السهم والنزاع أن ذراعاً من مائة ذراعاً من عشرة أذرع سواهم من عشرة أسهم لا يوازيه سهم من مائة سهم وذكر في الجامع الصغير للإمام شمس الأئمة السرخسي رحمه الله ولم يذكره هنا ولا في البيوع أنه لو اشترى عشرة أذرع من هذه الدار ولم يقل من مائة ذراع كيف الحكم فيه على قولهم أن أصحابنا من يقول ينبغي أن لا يجوز العقد بمنزلة ما لو اشترى سهامها بها أو الأصح أنه يجوز عندهما لأن هذه الجهالة لا تغني عن المنازعة فإنه يمكن أن يذرع جميع الدار حتى إذا كانت مائة ذراع علم أن المبيع عشرة هاون كان خمسين ذراعاً علم أن المبيع خمسة بخلاف ما لو اشترى سهامها بها ولم يقل من كذا كذا سهم إلا أن تلك الجهالة لا يمكن دفعها فسهلهم من سهمين النصف وسهم من عشرة أسهم العشر أما في النزاع فالزهة الجهالة ممكنة (قوله ولو اشترى عدلا على انه عشرة ثواب فاذا هو تسعة أو أحد عشر فساد البيع لجهالة المبيع أو الثمن) أما في فصل النقصان فلجهالة الثمن لأنه يحط ثمن ثوب واحد وثن ثوب واحد بمجهول لأنه إذا لم يسلم لكل ثوب ثمننا فالثمن انما ينقسم على الشياب باعتبار القيمة ولا يدري قيمة الغائب يتبين إذا يدري أنه كان جيدا أو وسطا أو رديا حتى يطرح عن المشتري قيمته فاذا صارت حصته الغائب مجهولة صار ثمن الباقي مجهولا ضرورة وهذا لا يوصلونا الغائب جيدا تنقص حصته الباقي ولو صورنا رديا يتردد حصته الباقي فوضع أن ثمن التسعة بمجهول وجهالة الثمن توجب فساد البيع وأما في فصل الزيادة فلجهالة المبيع لأن المبيع عشرة من أحد عشر إذا زاد على العشرة لم يدخل تحت البيع وبيع عشرة من أحد عشر فساد لجهالة المقضية إلى المنازعة وهذا لأنه يجب رد الزائد على البائع ولا يدري أي ثوب يرد على البائع الجيد أم الردي فالبائع يطالبه بالجيد والمشتري يرد الردي وجهالة المبيع توجب فساد البيع (قوله ولو بين لكل ثوب ثمننا)

الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الجمل إذا اشترى عدلا على أنه عشرة أو ثواب بعشرة دراهم فكان تسعة أو أحد عشر فساد البيع أما إذا زاد فلجهالة المبيع لأن الزائد لم يدخل تحت العقد فوجب رده والاثواب مختلفة فكان المبيع مجهولا وجهالة تغني إلى المنازعة وأما إذا نقص فلوجوب سقوطه طه حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة لأنه لا يدري أنه كان جيدا أو وسطا أو رديا وحينئذ لا تدري قيمته يتبين حتى تسقط فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يثبت في فسادها وإذا بين لكل ثوب ثمننا بقوله كل ثوب بدرهم جاز البيع في فصل النقصان ليكون الثمن معلوما وله الخيار ان شاء أخذ ما لو جرد بخصته من الثمن وان شاء تركه لأنه تغير شرط عقده ولم يحز في فصل الزيادة لجهالة العشرة المبيعة ومن مشايخنا من قال ان البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضا لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في صفقة فكان قبول البيع في المعدوم شرطا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما لو جمع بين حر

وعده في صفقة وتسمى لكل واحد ثمننا فانه لا يجوز البيع عنده في القرن خلافا لهما كذلك هذا واستدل بما ذكره محمد بن الجامع الصغير رجل اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا أحدهما هروى والاخر هروى فالبيع فاسد في الهروى والهروى جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهم يجوز في الهروى وجه الاستدلال أن الغائب في الصفقة مسئلة الجامع الصغير لأصل الثوب فاذا

كان فوات الصفة في أحدا  
 البديلين مفسدا للعقد على  
 مذهبه ففوات أحدهما  
 من الأصل أولى أن يفسد  
 قال الشيخ وليس يصح  
 لأن ثمن الناقص معلوم قطعا  
 فلا يضر الباقي وفريق بين  
 هذه المسئلة ومسئلة الجامع  
 بقوله لانه جعل القبول في  
 المروى شرطا للعقد في  
 المروى وهو شرط فاسد  
 لان المروى غير مذكور في  
 العقد فشرط قبوله مما  
 لا يقتضيه العقد فكان فاسدا  
 وهذا لا يوجد ههنا فانه  
 ما شرط قبول العقد في  
 المردوم ولا قصد اراد العقد  
 على المردوم لعدم تصور  
 ذلك فيه وانما قصد اراده  
 على الموجود فقط ولكنه  
 غلط في العدد وهو يرفع  
 الرأى ومروى بسكونها  
 منسوب الى هراة ومروى بنان  
 بخراسان قال  
 قال المصنف فاذا أحدهما  
 مروى أقول قال ابن  
 الهمام بسكون الرأى نسبة  
 الى قرية من قرى الكوفة  
 وأما النسبة الى مرو والمعروفة  
 بخراسان فقد اتزموافها  
 زيادة الزاى فيقال مروى  
 وكأنه للفرق بين قريتين  
 وفيه كلام (قوله لان المروى  
 غير مذكور في العقد فشرط  
 قبوله مما لا يقتضيه العقد)  
 أقول لا يقال اذا كان غير  
 مذكور فبأى شئ علم  
 الشرط لانه لا يعلم من اشارته  
 اليهما حتى البيع فليست أم

بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروى حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل  
 واحد منهما لانه جعل القبول في المروى شرطا لجواز العقد في المروى وهو شرط فاسد ولا قبول بشرط في  
 في الكل لانه فسد في البعض بفسد مقارن وهو العدم والأصل عند أبي حنيفة أن العقد متى فسد في  
 البعض بفسد مقارن بفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسألة في الجامع تدل على هذا وهي رجل (اشترى ثوبين  
 على أنهما هرويان) كل ثوب عشرة (فاذا أحدهما مروى) بسكون الرأى نسبة الى قرية من قرى الكوفة  
 أما النسبة الى مرو والمعروفة بخراسان فقد اتزموافها زيادة الزاى فيقال مروى وكأنه للفرق بين القريتين  
 قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في المروى والغائب في مسألة الجامع الصفة  
 لأصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته بفساده في الكل والغائب أحدهما أولى باله مال الحلواني وقال انه  
 الصحيح عنده وكذا نسبه شمس الأئمة المرحومين الى أكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندي أن هذا قولهم جميعا  
 يعني عدم الفساد في الباقي لان أباح حنيفة في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المقسدة  
 وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطا في قبوله في الآخر وهنالم يوجد هذا فانه ما شرط قبول  
 العقد في المردوم ولا قصد اراد العقد على المردوم بل على الموجود فقط فغلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه  
 جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الآخر وهو شرط فاسد وأقول قوله ما شرط قبول العقد  
 في المردوم ان كان صريحا معلوما ولا يضر فان في الثوبين أيضا ما شرط قبوله في المروى صريحا وانما المقصود  
 انه اذا أضاف العقد الى متعدد صفة كان قبول العقد في كل شرط في قبوله في الآخر كما في الثوبين ولا شك  
 أن في العشرة أيضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه ولا وجود للعاشر فنكان قبوله في  
 المردوم شرطا الى آخره وحاصل قوله وما قصد الى آخره ما أشار اليه المصنف وهو أن الشئين الموجودين  
 الموصفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف شرطا لقبول الآخر بذلك  
 الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطا فاسدا في القبول في الآخر بخلاف ما اذا كان  
 معدوما بذاته ووصفه فانه ليس حيث نذكر اذا خلا في العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الآخر لانه معدوم  
 فيجعل ذلك غاطلا فلم يجعل شرط ما لم يفسد العقد في الآخر فظهر أن محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا  
 شك أن اعتبار الغلط انما يتأتى من جهة البائع على معنى انه انما يجب في تسعته ولكنه غير عاشر غاطلا  
 فالمشترى لما قبل في عشرين ما كان غاطلا فتلا في الإيجاب والقبول كالمعزل تسعة أو ثوبين عشرة وقال يعتك  
 هذه التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة وان كان معنى غاطله انه قصد الإيجاب في  
 عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم يفسد العقد عليه معدوم وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لقبوله  
 في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاد قيام العشرة فان لم يكن في ملكه فاحرى أن يكون لبيع باطلا كذا كرفين  
 بان قال كل ثوب عشرة فان نقص صح قدره لان المبيع معلوم كأنه مشار اليه والتمن معلوم أيضا لانه متى  
 سمي لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة وهي العشرة فتكون حصة الباقي معلومة بخلاف ما اذا  
 لم يسم ثمالا حصة الغائب لا تعلم أن عشرة أم تسعة أم أحد عشر فجهااته تؤثر في جهالة الباقي وله الخيار ان  
 شاء أخذ كل ثوب بماسمي وان شاء ترك لانه بما يكون الباقي رديا والغائب جيدا والمشتري انما رغب في  
 الردي لما كان الجيد فيضطر بنزق الصفة قبل التمام فيختير دفع الضرر عنه وان زاد فسد لان العقد  
 تناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالة يصير المبيع مجهولا وأكثر مشايخنا على أن  
 الجواز في فصل التعصان قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله بالعقد فاسد لان العقد فسد في البعض بفسد  
 مقارن وهو عدم المعقود عليه اذا سبب الفساد أقوى من عدم المعقود عليه والعقد متى فسد بفسد مقارن  
 للعقد بفسد عنده في الب في كل واحد من حرو وعبد أو اشترى ثوبين على أنهما هرويان وبين ثمن كل واحد  
 منهما فوجدا أحدهما مروى باقن العقد يفسد عنده فلهما والعقد متى فسد في الكل اذا وجد أحدهما  
 بخلاف جنس ماسمي فلان يفسد ههنا ولم يوجد أحدهما ماسمي أصلا أولى قال شمس الأئمة المرحومين رحمه الله



ولابي حنيفة رحمه الله أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على الشرط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه  
\* (فصل) \* ومن باع دار ادخل بناؤها في البيع وان لم يسمه

ذكرنا من أن في الزيادة نفعها يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه (ولابي حنيفة أن الذراع وصف في الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط) وكان الاولى أن يقول حكم الاصل أو الثوب المنفصل بالشرط لان المقدار أيضا وصف على ما تقدم وأخذ حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذ لم يوجد لم يوجد ما أخذ حكم الاصل فيبقى على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شيء من الثمن وإذا كان هكذا فلا وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزائد بل نفع خالص كما لو اشتراه مبيعاً فوجده سليماً أو يتخير في النقصان لتفرق الصفة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذ كر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مقيد بكونه ذراعا إشارة الى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان عام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعث منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به

\* (فصل) \* لما ذكرنا ما يعقده البيع ولا ينعقد ذكر ما يدخل في المبيع مما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك (قوله ومن باع دارا الخ) في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كاسلم المتصل والسور والدرج المتصلة والخمر الاسقل من الرحي ويدخل الخمر الاعلى عندنا استحضانا والمراد بتجريح المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم أما في ديار مصر لا تدخل رحي اليد لانهم يجرحونها تنقل وتحول ولا تبني فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل بالانفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه أحد هذه ما لنفسه بان قال هذا ملكي وضعت فان كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري واستدل المصنف على

فيجزأ عليه من الخيرية وهو ظاهر (قوله فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل) وهو الوصف فصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة وفي الذخيرة وما قال أبو حنيفة ترجمه الله أصح لان الذراع ومادونه في حكم الصفة على ما مر وانما يصير أصلا بمقابلة الثمن به والمقابلة مقيدة بالذراع فاذا عدم الذراع لم يثبت جهة الاصله فيثبت العبرة لكونها صفة فصارت زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة صفة الجود فيسليم له من غير ثمن وأما الجواب عن قول محمد رحمه الله بان الدرهم لم ياقبل بالذراع كان نصف الدرهم مقابلا بنصف الذراع ضرورة بان يقول كون الذراع بمنزلة العين ليس باصل بل هو صا أو أصلا باعتبار الافراد بمقابلة الافراد واسم الدرهم لا يقع على مادون الدرهم وكذلك الذراع فكانت المقابلة مقنصرة على موضع الافراد وهو الدرهم فلما انعدمت المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع الى أصله وهو الصفة وهذا هو الجواب أيضا عن قول أبي يوسف رحمه الله وما ذكر أن الذراع وصف فهو في الثوب الذي يتفاوت جوانبه وفيما يضره التبعض كالقميص والسر اويل والعمائم والاقبية أما اذا اشترى كرا باسلا يتفاوت جوانبه على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم فاذا هو أحد عشر لا تسلم له الزيادة وعلى هذا اذا باع ذراعا من هذا الكرباس ولم يعين موضعه يجوز كما اذا باع بغيره من الصبرة (قوله فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) فان قيل لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما لم يسمت يحث فلو كان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف لما حثت بعد ان دام البناء لان السك ينفي بانتفاء الجزء مع أن الاعيان مبنية على العرف فكان اعتبار العرف هناك أليق من الاعتبار هنا قلنا البناء بمنزلة الصفة وهي في المعين لغوا اذا لم تكن داعية الى المعين فان كانت داعية الى المعين تعبر بالانزاع أن

\* (فصل) \* مسائل هذا الفصل مبنية على قاعدتين احدهما أن كل ما هو متناول اسم المبيع عرفا دخل في المبيع وان لم يذكر صريحا والثانية ان ما كان متصلا بالمبيع اتصال قرار كان تابعه في الدخول ونعني بالقرار الحال الثاني على معنى أن ما وضع لان يفصله البشري ثانيا الحال ليس باتصال قرار وما وضع لالان يفصله فيه فهو اتصال قرار وعلى هذا (دخول بناء الدار في بيعها وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف) لا يقال لانسم تناوله البناء في العرف فانه لم يدخل في باب الاعيان التي مبنياها على العرف كما تقدم

\* (فصل ومن باع دارا) \* (قوله مسائل هذا الفصل) أقول أي بعضها والا فبعضها بل أكثرها لا يبنى على واحدة منهما (قوله مبنية على قاعدتين) أقول بمعنى انه لا يتصل من البناء على واحدة مناهما (قوله على) يعني انه ما وضع الخ) أقول أي اتصال ما وضع الخ فالماضي مقدر (قوله وما وضع لالان يفصله الخ) أقول يعني واتصال ما وضع الخ

لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار فيكون تبعاله

دخول البناء (بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبانه متصل بها اتصال قرار) واستشكل الاول بمسألة الحلف لا يدخل هذه الدار قد دخلها بعد ما انتم بدم بناؤها بحيث فلو كان البناء من معنى لفظ الدار لم يحلف وهذا لو أبطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بان البناء وصف فيها وهو أغور في المعينة فكانه حلف على نفي الدخول في هذا المكان وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول بالخوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقتها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله أبو سليمان وقال أبو جعفر ان كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقبل ان يصغر دخل والا لا وقبل بحكم الثمن وفي المتنق اشترى حائطاً يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول أبي يوسف لا يدخل وأما أساسه قيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل لانه جزء الحائط حقيقة ويدخل في بيع الحمام القدرودون قصاعه وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين وخوابي الزياتين وحبابهم وذنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه الميثب كل ذلك في الارض فلا يدخل وان قال بحقها قلت ينبغي أن تدخل كما اذا قال بمرافقتها وأما الطريق ونحوه فسيأتي ان شاء الله تعالى في باب الحقوق \* (فروع) \* باع فرساً دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير ولم يذكر في شيء من الكتب ما اذا باع فرساً عليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص أو بحكم الثمن ولو باع جماراً قال الامام محمد بن الفضل لا يدخل الا كاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفاً أو غير موكف في فتاوى قاضخان وهو الظاهر فالأ كاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الا كاف والبزعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخل بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية لا يدخل المعهود في بيع الجارية لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير وليتأمل في هذا باع عبداً أو جارية كان على البائع من الكسوة قدر ما يورى عورته فان بيعت في ثياب مثله دخلت في البيع والبائع أن يمسك ثلث الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثله يستحق ذلك على البائع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتى لو استحق الثوب أو وجد بالثوب عيباً لا يرجع على البائع شيء ولا يرجع عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له أرض وفيها نخيل لغيره فباعها مارب الأرض باذن الآخر بالف وقيمة كل منهما خمسة مائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بأقسماوية خيرا المشتري بين الترتل وأخذ الأرض بكل الثمن لان النخل دخل تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن ثم الثمن كله لرب الأرض لانتقاض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابله الاصل وهو له دون التبع ولو باع أنا ناله الجحش أو بقرة لها عجول اختلف قبل بدخلان وقيل لا بدخلان وقيل يدخل العجول دون الجحش ولو باع عبده مال ان لم يذكر المال في البيع فماله لمولاه وان باعه مع ماله بكذا ولم يبين المال فسد البيع وكذا لو سمي المال وهو دين على الناس أو بعضه فسد البيع وان كان

من حلف لا يا كل هذا الرطب فأكاه بعد ما صار تمر الا بحيث وقد اعتبرت الصفة في المعين لان صفة الرطوبة داعية الى المعين فقد يضر كل الرطب دون التمر فتعلقت المعين بالعين والصفة ولو حلف لا يا كل لحم هذا الحمل فأكاه بعد ما صار كبشاً بحيث رصفة لبناء غير داعية الى المنع من الدخول فيها بالمعين فتعلقت المعين بالاسم وهو باق بعد الانه دام فيحت بدم وصفة البناء داعية الى الشراء لان الدار انما تشتري للسكنى ولا سكنى بلا بناء فدخل البناء في الشراء عرفاً (قوله ولانه متصل به اتصال قرار) والاصل أن العرصة أصل في الدار لان قرار البناء عليها وانما دخل البناء وما كان متصلاً بالبناء في بيع الدار بطريق التبعية لاتصال البناء بالعرصة

(لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها) وهي اذالم تكن داعية للمعين لا يتقيد بها كما تقدم والبناء ليس بداع الى المعين فلم يتقيد به وحلف بالدخول بعد الانه دام (ولان البناء متصل به) أي بالارض على تأويل المكان (اتصال قرار) فيكون تابعه

(قوله لان تناوله اياه باعتبار كونه صفة لها الخ) أقول لعل خلاصة الجواب انه عارض ذلك العرف عرف أقوى منه في المعين اذ هي للاستناع عن الشيء والبناء لا يكون داعية الى المعين في أمثل قولهم والله لا أدخل هذه الدار في عرف الناس فليتأمل ثم أقول ويجوز أن يجاب بقول كون البناء جزءاً من الدار فانه ركن زائد لا يتغير اسم الدار بتغيره الا يرى ان من حلف لا يكلم زيداً فأكاه بعد ما قطع يده ورجله بحيث مع كونهما داخلين في زيد واذا بيع دخل يد ورجله في البيع كما لا يخفى وهذا الكلام اجال وأصل ما ذكرنا في كتب الاصول في باب الاحكام (قوله اذالم تكن داعية لا يتقيد بها) أقول لا يتقيد بها في العرف (قوله ولان البناء متصل به) أي بالارض على تأويل المكان أقول لم تقدم ذكر الارض والاولى أن يقاب أي بالعرصة ثم ما ذكره بحج في قوله لانه متصل به للقرار



(ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه) لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء (ولا يدخل الزرع في بيع الارض الابالتسمية) لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيها

(واذا باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجرة) كبيرة كانت أو صغيرة مثمرة أو غيرهما على الاصح (وان لم يسمه لا اتصال فاشبه البناء) ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فاشبه المتاع الموضوع في الدار) ونقض بالجل فانه متصل بالام للفصل ويدخل في بيع الام والجواب انه غير وارد على التفسير المذكور ان البشر ليس في وسعه فصل فالجل عن الام

عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه بان كان دراهم والثلث كذلك فان كان الثمن أكثر حاز وان كان مثله أو أقل لا يجوز لانه يبيع للعبد بل الثمن وان كان منها ولم يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد ثانياً أو بالقبض جاز اذا تقبض في المجلس وكذا لو قبض مال العبد ونقد حصته فقط من الثمن وان افتقر قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشترى داراً فو جد في بعض - وذوهما مالان قال البائع هو لي كان له فيرد عليه لانها وصلت الى المشتري منه وان قال ليس لي كان كاللقطة ولو قال صاحبها لو وسفل لا خربعت منك ولو هذا بكذا فبطل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل ولا يشتري حق القرار عليه (قوله ومن باع أرضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البناء) ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فمكان الحق دخول الكل خلافاً لما قال بعض المشايخ ان غير المثمرة لا تدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل لالقول اذا كبر خشبها فصارت كالزرع ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوى فاضيلان ولو باع أرضاً فيها أشجار صغيرة تحول في فصل الربيع وتباع ان كانت تقام من أصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبائع الا بشرط نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض والدار الا بالذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ولا يدخلان في الاجارة والرهن والوقف والقسم لانهما لا يتعدلان انتفاع ولا انتفاع بدونهما بخلاف البيع فانه يسهل مال الرقبة فقد راد به الانتفاع بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذي على رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراق وأوراق الفرساد والتوت لانه بمنزلة الثمر ولو كان على الشجر ثمر فشرطه المشتري له فأكاله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم ثبت الخيار للمشتري في الصبح لتفرق الصفة عليه عند أبي حنيفة بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت والداها اربى خمسة فأكاله البائع قال أبو حنيفة تلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق غير خاف وكما يدخل في البيع اشياء بلا تسمية وهو ما يدخل تبعاً كذلك يخرج منه اشياء بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد والغارقين وسور القرية لان السور يبقى على أصل الاباحة عند القصة فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الخلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناء هل بشرط ذكر الحدود واختلف المشايخ واستثنى الحياض وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود الآن تكون ربوة (قوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض الابالتسمية لانه متصل بها للفصل) أي لفصل الآدمي اياها لا انتفاعه هي (فشابه المتاع الذي فيه) أي في البيع فاندفع ما أورد عليه من بيع الحار بثة الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حلها في البيع مع انه متصل للفصل بان ذلك فصل الله له في هذا المعنى متبادر فتتركه التقييده وأيضاً الام وما في بطنها بحائس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس بحائس الارض فلا يمكن اعتبار الجزئية فيدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر ان كان اتصاله للقرار كافي الشجر كان متصلاً للحال وفي ثانی الحال فيدخل

اتصال قرار وما لا يكون متصلاً بالبناء لا يدخل في بيع الدار بلاذكر الا اذا كان شياً يحوي العرف بين الناس أن البائع يسامحه فيئخذ يدخل بلاذكر ولهاذا قلنا ان الغاق يدخل في البيع بلاذكر لكونه متصلاً بالبناء والفتاح لا يدخل قياساً لانه غير متصل بالبناء فصار كحطب موضوع في الدار وفي الاستحسان يدخل للعرف اذا البائع لا يمنعه من المشتري بل يستلم مع الدار عرفاً والفصل ومقتضاه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسلم كالسلم (قوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية) لانه متصل بها للفصل بخلاف الحمل حيث يدخل في بيع الام لانه جزء الام فيدخل وان كان بعرض الفصل

قال (ومن باع نخلا أو شجرة عليه ثم فترته للبائع) الآن يقول المشتري اشتريته مع ثمرته (أقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضاً فباعها ثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لأن المعقود

عليه أرض فباعها ثمرة للبائع (أو شجرة عليه ثم فترته للبائع) الآن يقول المشتري اشتريته مع ثمرته (أقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضاً فباعها ثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لأن المعقود

عليه أرض فباعها ثمرة للبائع (أو شجرة عليه ثم فترته للبائع) الآن يقول المشتري اشتريته مع ثمرته (أقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضاً فباعها ثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لأن المعقود

عليه أرض فباعها ثمرة للبائع (أو شجرة عليه ثم فترته للبائع) الآن يقول المشتري اشتريته مع ثمرته (أقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضاً فباعها ثمرة للبائع الآن يشترط المبتاع) وفيه دلالة على أن ما وضع للقرار يدخل وما وضع للفصل لا يدخل لأن المعقود

(قوله هناك) إشارة إلى الجواب عن المقيس عليه وتقريره (التسليم واجب) في صورة انقضاء (١٨٧) مدة الاجارة أيضا (ولا يتركه الاباح

وتسليم العوض تسليم  
العوض لا يقال فليكن  
فما نحن فيه كذلك الماسيات  
(ولا فرق بين أن يكون الثمر  
بحال له قيمة أو لم يكن) في  
كونه للبائع (في الصحيح)  
وقيل اذ لم يكن له قيمة يدخل  
في البيع ويكون للمشتري  
وجه الصحيح أن يبعه منفردا  
يصح في أصح الروايتين وما  
صح به منفردا لا يدخل  
في بيع غيره اذ لم يكن موضوعا  
للقرار (قوله وأما اذا بيعت  
الارض) يعني معطوف على  
قوله ولا فرق يعني الثمر لا  
يدخل في البيع وان لم تكن  
له قيمة (وأما الارض اذا بيعت  
وقد بذرها) صاحبها ولم  
ينبت فانه لا يدخل في البيع  
لانه مودع فيها (كالمنازع)  
وذكر في فتاوى الفضلي ذلك  
فيما اذ لم يعفن البذر في  
الارض وأما اذا عفن فيها  
فهو للمشتري وهذا لان بيع  
العفن بائنه راده لا يصح  
فكان تابعا (ولونبت ولم يصر  
له قيمة) قال أبو القاسم الصغار  
(لا يدخل) وقال أبو بكر  
الاسكاف يدخل

قال المصنف (قلنا هناك)  
التسليم واجب أيضا حتى  
يرك باجر وتسليم العوض  
كتسليم العوض) أقول  
لا يقال لاجر عوض المنفعة  
لا الارض فلا يتم التقرر  
لان المعنى أقيم مقام المنفعة  
فيها على ما سيبي (قوله)  
لا يقال فليكن فيما نحن فيه  
كذلك الماسيات) أقول يعني سياتي من أنه يكون صفقة في صفقة ثم قوله الماسيات في جواب عن قوله لا يقال الخ

قلنا هناك التسليم واجب أيضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم العوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر  
بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان يبعه يجوز في أصح الروايتين على ما تبين فلا  
يدخل في بيع الشجر من غير ذكره وأما اذا بيعت الارض وقد بذرها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه  
مودع فيها كالمنازع ولونبت ولم تصر له قيمة فتدقيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل فيه

وقت حصاده أحاب المصنف (بان هناك) أي في الاجارة (أيضا يجب التسليم) ولذا تجب الاجارة في التيقية لان  
تسليم العوض تسليم العوض ولا بد في تمامه من تسليم أن المعتاد في الاجارة التيقية بالاجرة وعدم تسليم عين  
الارض في الحال والاول لم يرز المؤجر بالتيقية وأخذ الاجرة كان له أن يكافأه أن يقلعه في الحال وليس له ذلك  
فظهر أن التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع يتركه إلى ما ذكرنا بما نوافي الاجارة يتركه باجر ولا  
خاص من هذا الا أن يتم منع أنه يعتاد في البيع كذلك والا فاذ فرق بين البيع والاجارة بان اقدم البائع على  
البيع مع علمه بان المبتاع يطالبه بتفريق ملكه وتسليمه فاراد لاله الرضا بقطعه فلم تجر عاياه جانبه بتيقية  
الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المعتاد فانه لم يوجد منه عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضا  
بقطعه ثم وزرعه فوجب رعاياه جانبه بتيقية على حكم ملكه بالاجرة نتج أن يقال انما يكون اقراره على البيع  
رضا بالمنازع في الحال لو لم يكن التأخير إلى الصلاح معتادا أما اذا كان معتادا فلا وقد منعت العدة المستمرة بذلك  
بل هي مشتركة فتدقير كون وقد يبيعون بشرط القطع والله أعلم ثم هل تدخل أرض الشجر في البيع يدها  
ان اشترها للقطع لا تدخل بالاجاع وان اشترها بما مطلقا لا تدخل عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان الارض  
أصل والشجر تبع فلا يقلب الاصل تبع وهو قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة وقول  
لشافعي يدخل ما تحتها بقدر غلظتها في جمع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو  
اسم للمستقر على الارض والافوه جذع وحطب فدخل من الارض ما يمتد به حقيقة اسمها فهو دخول  
بالضرورة فيقدر بقدرها وقيل قدر ساقها وقيل بقدر ظاهرها عند الزوال وقيل بقدر عروقها والعظام ولو شرط  
قدر افعلى ما شرط وقوله (ولا فرق) بين أن يكون له قيمة أو لم تكن وعلمه أن يبعه يصح في أصح الروايتين مع كونه  
قيمة يدخل والصحيح لا يدخل في الحالين ان كان له قيمة أو لم تكن وعلمه أن يبعه يصح في أصح الروايتين مع كونه  
ليس للقرار وما يصح به وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعه الغير بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا او بكونه  
موضوع للقرار (قوله وأما اذا بيعت الارض وقد بذرها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل لانه مودع فيها كالمنازع)  
هكذا أطلق المصنف وكذا أطلق غير واحد وقدره في الذخيرة بما اذ لم يعفن أما اذا عفن فهو للمشتري لان  
العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من أجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه أبو الليث  
أنه لا يدخل بكل حال كنه هو اطلاق المصنف وفي فتاوى الفضلي كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في الارض فهو  
للمشتري والا فلا يباع ولو سقاه المشتري حتى ينبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبائع والمشتري متطوع ولو  
باعها بعد ما نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبائع وقيل يدخل ولم يرج المصنف منها شيئا ورجح  
في التجنيس قال فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري في شرحه وفي شرح الاسكاف  
انتبه وقول الفقيه أبي الليث هو قول أبي القاسم وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل

(قوله ولونبت ولم تصر له قيمة) فقد قيل لا يدخل وقيل يدخل وفي شرح القدوري وشرح القاضى الامام  
الاسكاف رجحه الله أن لا يزرع انما لا يدخل في بيع الارض من غير ذكره اذ لم ينبت بعد أو نبت وصار له قيمة  
أما اذا نبت ولم تصر له قيمة بعد لا يدخل وقيل لا يدخل والاول أصح وفي فتاوى الفضلي اذا باع أرضا فيها زرع  
لم ينبت فان كان البذر قد عفن في الارض فهو للمشتري والافوه للبائع فان سقا المشتري حتى ينبت ولم يكن  
عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل وكذلك اذا نبت ولم يتقروا بعدوا واختار الفقيه أبي  
الليث أنه لا يدخل في البيع ويكون للبائع على كل حال الا اذا بيع مع الارض نصا أو دلاله كذا في الذخيرة

كذلك الماسيات) أقول يعني سياتي من أنه يكون صفقة في صفقة ثم قوله الماسيات في جواب عن قوله لا يقال الخ

وكان هذا بنا على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهم ليسوا منها ولو قال بكل قليل وكثير هوله فيها ومنهم من حققها وأقال من مرافقها لم يدخل فيه لما قلنا وإن لم يقل من حققها ومن مرافقها دخل فيه أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل إلا بالتصرح به قال (ومن باع ثمرة لم يبدل صلاحها وقد بدأ بجاز البيع) لأنه مال متقوم أما الكونه هذا إذا صار الزرع متقوماً أي لا يدخل فإن لم يكن متقوماً يدخل الزرع من غير ذكر قال وإنما تعرف قيمته بان تقوم الأرض مبذورة وغير مبذورة فإن كانت قيمته مبذورة أكثر من قيمتها غير مبذورة علم أنه صار متقوماً انتهى وبهذا ظهر أن حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقاً ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقاً والتفصيل بين أن بعضه يدخل أو لا فلا وكان المناسب أن يقول تقوم الأرض بذلك الزرع وبه فإن زاد فالزائد قيمته وأما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فالما يناسب من يقول إذا عفن البذر دخل ويكون للمشتري ويعله بأنه لا يجوز بيعه وحده لأنه حينئذ ليس له قيمة قال المصنف (وكان هذا) بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي ليست له قيمة وعدمه (بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن تناله المشافر والمناجل) من قال لا يجوز بيعه قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ولا يخفى أن كلا من الاختلافين مبني على سقوط تقويمه وعدمه فإن القول بعدم جواز بيعه ودخوله في البيع كلاهما مبني على سقوط تقويمه والا وجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الخشب كإلاد على رجاء حمايته فينتفع به في نائي الحال (قوله ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق الخ) يعني إذا باع أرضاً فيها زرع وشجر وعليه ثمر أو باع شجرة فقط وعليه ثمر وقال بعثها أو اشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا يدخل الزرع والثمر بذلك لأنهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذلك قال بكل قليل وكثير هوله فيها أو منهم من حققها أو من مرافقها لم يدخل أيضاً لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هوله فيها أو منها أو على قوله بكل قليل فيها أو منها أدخل هذا في المتصل بالأرض والشجر أما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيها فلا يدخل ولو قال بكل قليل وكثير هوله فيها لم ينص عليه والمجذوذ بالين مهملتين ومعجمة ي بمعنى واحد أي المقطوع غير أن المهملتين هنا أولى ليناسب المحصود (قوله ومن باع ثمرة لم يبدل صلاحها) لا خلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا في عدم جوازها بعد الظهور قبل بدو صلاح بشرط الترتل ولا في جوازها قبل بدو صلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو صلاح

يدخلان وفي الرابع يدخلان  
لعموم اللفظ هذا اذا كان  
في الارض أو على الشجر  
وأما اذا كان الثمر مجذوا  
والزرع محصودا فهو بمنزلة  
المنتاع لا يدخلان الا  
بالتصرح به قال (ومن باع  
ثمر قلم يبدل صلاحها) يبيع  
الثمر على الشجر لا يتخلوا ما  
أن يكون قبل الظهور أو  
بعده والاول لا يجوز والثاني  
جائز بدالصلاحها صلاحها  
لانتفاع بني آدم أو علف  
الدواب أو لم يبدل لانه مال  
مستقوم لكونه متغاعبه في  
الحال أو في الزمان الثاني  
فصار كببيع الجش والمهر  
وذكر شمس الأئمة السرخسي  
وشيخ الاسلام خواهر زده  
أن البيع قبل أن يتغاعبه  
لا يجوز لنهي النبي صلى الله  
عليه وسلم عن بيع الثمر قبل  
أن يبدل وصلاحه ولأن  
البيع يختص بمال مستقوم  
والثمر قبل بدو الصلاح ليس  
كذلك قال الشيخ والاول  
أصح يعني ربه ودراية  
أما الاولى فلما أشار الله محمد

وجهه انه في باب العشر ولو باع الشمار في أول ما تطالع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشرع اجازنا منتفعا  
في أول ما تطالع لما وجب العشر على المشتري وأما للثانية فلانه مال مقوم في الزمان الثاني ونفي جواز بيع المهر والمجلس وهو  
ثابت بالاتفاق والحوادث ان تار له اذا باعه شرط التزك أو ان المراده النهي عن بيعها لمسا دليل قوله صلى الله عليه وسلم رأيت

(قوله وصحح بعض الشارحين) أقول زاد الاتفاق (قوله يذكر لها وتسع) أقول أي للمبيع (قوله وأما ثانية إلى قوله مقض إلى نفي جواز بيع المهر والخش وهو ثابت بالاتفاق) أقول انما يستقيم القياس ان لو جاز تركه إلى الزمان الثاني كافي المقيس عليه (قوله والجواب عن الحديث اذا باعه بشرط الترك) أقول فكيف يكون التقيد بقوله قبل أن يدر صلاحه بناء على أن اشتراط الترك في الاغلب يكون فيه

العلامة السكاكي عن الجامع الاصغر فراجع

لانه شرط فيه الجزء المعلوم وهو الذي يزيد لغيره في الارض أو الشجر والجواب أننا لنسلم ان التعامل جرى في اشتراط الترك ولكن المعتاد في مثله الاذن في تركه بالشرط في العقد ولو اشترى الثمرة التي لم يتناه عظمها ولم يشترط الترك وتركها فان كان باذن البائع طاب له الفضل وان كان بغير ذنه تصدق بما زاد في ذاته بانه يقوم ذلك قبل الادراك و يقوم بعده و يتصدق بفضل ما بينه حالان ما زاد حصل بجهته فطوره وهي حصولها بقوة الارض الموصوبة واذ تركها بغير اذنه (٤٩٠) بعدما تناهى لم يتصدق بشئ لان هذا تغير حاله من الشيء الى النسخ لا لتحقق زيادة في

الجسم فان الثمرة اذا صارت بهذه المثابة لا يزداد فيها من ملك البائع بغير اذنه شئ بل الشمس تنسخها والقمر يلونها والكواكب تعظمها الطعم وان اشتراها مطلقا عن الترك والقطع وتركها على الخيل باستئجار الخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لبطان اجارة الخيل لعدم التعارف فان التعارف لم يجسر فيما بين الناس باستئجار الاشجار وعدم الحاجة الى ذلك لان الحاجة الى الترك بالاجارة انما تتحقق اذا لم يكن مخلص سواها وههنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سئذ كره واذ بطلت الاجارة بقي الاذن معتبرا فطيب له الفضل فان قيل لانسلم بقاء الاذن فانه ثبت في ضمن الاجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كلكا لثانية في ضمن الرهن تبطل بطلان الرهن أجيب بان الباطل معدوم لانه هو الذي لا يتحقق له أصلا ولا وصفا شرعا على ما عرف والمعدوم لا يتضمن شيئا حتى يبطل بطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع فان

وترك القياس بالتعامل انما يجوز عند تحقق الضرر ولا ضرر وههنا ما في الباذنجان والبطيخ فسلانه يمكن أن يبيع أصولها حتى يكون الحادث على ملك المشتري ولا ضرر ورة في بيع الثمار لانه يمكنه أن يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فيما بقي الى وقت وجوده فلا ضرر ورة الى تجويز العقد في المعدوم (قوله لان هذا تغير حاله) كتغير اللون والطعم والشم اذا صارت بهذه الصفة لا يزداد من ملك البائع فيها ولكن النسخ من الشمس واللون من القمر والطعم من الكواكب فلم يبق فيها الاعمال الشمس والقمر والكواكب فلماذا قال بحمد ربه الله استحسن جوازه (قوله لعدم التعارف والحاجة) لان التعارف لم يجز فيما بين

الارض

بيطلانه بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الاذن فكان معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض

الى أن يدرك الزرع وتركه حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة لجهالة وقت الزرع فان

(قوله وههنا يمكن للمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها الخ) أقول انما يمكن للمشتري ذلك أن لو باعه البائع كذلك و يبلغ ما يقدر عليه المشتري من النقود الى مقدار قيمته ويكون له غرض في أصولها وليس كذلك ولا يشبه ثمار الاشجار بالباذنجان والبطيخ كما لا يخفى ثم أقول لو صح ما ذكره لم تصح الاجارة مطلقا بل المخاصة بعينه بل المخاصة فيه ما نقل عن أبي الليث السمرقندي رحمه الله تعالى

الارض الى أن يدركه حيث لا يطيب له الغضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبيثا

الشمس عليه نعم عليه انما غصب المنفعة يتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها وجه قول الشافعي وباقى  
 الائمة في الخلافة ما في الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها  
 وعن بيع النخل حتى تزهر قسيل وما زهوا وقال تحمار أو تغفار وأخرج البخاري في الزكاة عن ابن عمر عن  
 رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان إذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب  
 عاهتها وأخرج أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى  
 يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غير يبال لعرفه مرفوعا لا من حديث حماد بن  
 سلمة ورواه الحاكم صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من اشتري نخلا  
 قد ابرق فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا أنه لم يقيد  
 دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بصلاحه وفي موطن مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن قالت ابتاع  
 رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فجاءه وطلبه حتى تبين له النقصان فسال رب الخائط أن يضع له  
 أو يعيله خلف لا يفعل فذهبت بالمشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال يأتي أن  
 لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الخائط فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولولا صحة البيع لم تترتب الاقالة  
 عليه أما النهي المذکور فهم قدر كواظا هره فانهم أحازوا البيع قبل أن يبدو صلاحها بشرط القطع  
 وهذه معارضة صريحة لما علقه فقد اتفقنا على أنه متروك الظاهر وهو لا يحمل ان لم يكن لموجب وهو عندهم  
 نعليه عليه الصلاة والسلام بقوله صلى الله عليه وسلم رأيت من منع الله الثمرة يمسح على رأسه كأنه يمسح  
 فانه يستلزم أن معناه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومنهية قبيل الزهو وقد فسر أنس رضي الله  
 عنه زهوها بان تحمر أو تصغر وفسرها ابن عمر بان تأمن العاهة فكان النهي عن بيعها محمدا قبيل الاجرار  
 ومصغرة قبل الاصغار أو آمنة من العاهة قبل أن يؤمن عليها وذلك لان العادة ان الناس يبيعون الثمرة قبل  
 أن تقطع فنهى عن هذا البيع قبل أن توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه عليه الصلاة والسلام  
 عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد يفيد أنه قبله حصرم فكان معناه على القطع  
 النهى عن بيع العنب عنبا قبل أن يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى أن يبدو المصالح وبطل  
 عليه تأويل النبي صلى الله عليه وسلم بقوله رأيت من منع الله الثمرة يمسح على رأسه كأنه يمسح  
 بعنقه عنبا قبل أن يصير عنبا بشرط الترك الى أن يصير عنبا فنع الله الثمرة فلم يصير عنبا يمسح على رأسه كأنه يمسح  
 يعني البائع مال أخيه المشتري والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي وإذا صار محصل  
 النهى بيعها بشرط تركها الى أن تصلح فقد صنعنا عهدة هذا النهى فانا قد أفسدنا هذا البيع وبقي بيعها  
 مطلقا غير متناول للنهي بوجه من الوجوه فلهاذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه الخلافة بالحديث  
 وحديث المذکور ولنا فيها أعني حديث التابير سالم عن المعارض وكذلك المعنى وهو أنه مبيع  
 منتقع به في الحال أو في نائي الحال الى آخره وهذا التقرير يظهر أن ليس حديث التابير عامارا لخاص  
 وهو حديث بدو المصالح وان الترجيح هنا ينبغي أن يكون للخاص لانه مانع وحديثنا مبني على لا يتناول

الناس باستحجار الاشجار واهذا الواسطه تخلوا ليعرف عليه الشباب لا يجوز ولا حاجة لانه يمكن للمشتري أن يشتري الشمار مع أصوله فتر كمال على الاشجار (قوله فبقي الاذن معتبرا) فان قيل الاذن ثبت في ضمن الاستحجار وتبطل المتضمن فيبطل ما في ضمنه قلنا الاذن في الاجارة الباطلة صار أصلا لا الباطل عبارة عن المعلوم المضمحل والمعلوم لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا ولا كذلك في الاجارة الفاسدة لان الفاسد ما كان موجودا باصله فالتأنيب مفسده فامكن جعله متضمنا للاذن وفساد المتضمن يقتضي فساد ما في ضمنه ففسد الاذن فيتممكن الخبيث (قوله لان الاجارة فاسدة للجهالة) أي لجهالة مدة الادراك فيصير المعقود عليه

الادرالك قد يتقدم لشدة  
الخروق قد يتأخر للبرد والغاسد  
ماله تحقق من حيث الاصل  
فامكن أن يكون متضمنا  
لشيء ويفسد ذلك اشي  
لفساد المتضمن واذا انتفى  
لاذن كان الفضل خبيثا  
وسيله انصدت ولو اشترى  
الثمار مطلقا عن القطع  
والترك على الخيل وتر كها  
وأثمرت مدة الترك ثمرة أخرى  
فان كان قبل القبض يعني  
قبل تخليته للبائع بين المشتري  
والثمار ففسد البيع لانه  
لا يمكن تسليم البيع لتعذر  
التمييز وان كان بعد القبض  
لم يفسد البيع لان التسليم  
قد وجد وحدث ملك للبائع  
واختلط بملك المشتري  
فبشتر كان فيه لا اختلاط  
والقول في مقدار الزائد  
قول المشتري لان المبيع  
في يده فكان الظاهر شاهدا  
له هذا ظاهر المذهب وكان  
شمس الأئمة الحلواني يفتي  
بجوازه ويزعم انه مروى  
عن أصحابنا وحتى عن  
الشيخ الامام الجليل أبي بكر  
محمد بن الفضل البخاري  
رحمه الله انه كان يفتي  
بجوازه ويقول اجعل  
للمرجود أصلا وما يحدث  
بعد ذلك تبعا وهذا شرط  
أن يكون الخارج أكثر  
(قوله وكان شمس الأئمة  
الحلواني رحمه الله تعالى  
يفتي بجوازه) أقول في  
الصورة الأولى أيضا



(قوله وكذا في الباذنجان والبطيخ) يعني أن البيع لا يجوز إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده بشر كان (والمخلص) أي الحيلة في جوازها فيما إذا حدث قبل القبض أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه ولهذا قال شمس الأئمة السرخسي انما يجوز بيع الموجود أصلاً والحدث تبعاً إذا كان ثمة ضرر ولا ضرر وههنا لا ندفعها ببيع الأصول (قال ولا يجوز أن يبيع ثمرة) إذا باع ثمرة (واستثنى منها أوطالا معلومة لم يجوز خلاف مالك) ولم يبين أن مراده الثمرة على رأس الخيل أو ثمرة تجذوة وذكري في بعض فوائدها الكتاب أن مراده ما كان على الخيل وأما بيع المجذوذ فثابت (٤٩٢) وهو بخلاف لما ذكر في شرح الطحاوي فإنه قال إذا باع الثمر على رأس الخيل الأصا

منها يجوز البيع لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجذوذاً موضوعاً على الأرض فباع الكل الأصا يجوز وهذا يدل على أن الحكم فيه ما سواه واستدل بقوله (لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول) والمجهول لا يرد عليه العقد وهذا يدل أيضاً على أن الحكم فيه ما سواه (بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة) كم هي نخلة قال المصنف (قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي) واعترض بأن الجهة المانعة من الجواز ما كانت مفضية إلى النزاع وهذه ليست كذلك لراضهم ما بذلك فلا تكون مانعة وأوجب بأن لا نسلم أنها ليست كذلك فربما كان البائع يطلب صاعاً من الثمر أحسن ما يكون والمشتري يدفع إليه ما هو أردأ الثمر فيفضي إلى النزاع سلمنا ذلك لكن يجوز تراضهما على شيء منه قد لا يكون الثمر الاقصد للمستثنى

ولو اشتراها مطلقاً فأنكرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو أنكرت بعد القبض بشر كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة) يستثنى منها أوطالا معلومة (خلاف مالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي

أحدهما ما يتناول الآخر والحاصل أن بيع المبيع مباح صلاحه ما بشرط القطع وهو جائز اتفاقاً لأنه غير متناول للنهي لما ذكرنا وأما مطلقاً فإذا كان حكمه لزوم القطع كان مثله بشرط القطع فلم يبق محل للنهي إلا بيعها بشرط الترتل ونحن قائلون بأنه فاسد (ولو اشتراها مطلقاً فأنكرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز) فاشبهه هلاكه قبل التسليم (ولو أنكرت بعد القبض بشر كان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره) مع عينه (لأنه في يده وكذا في) بيع (الباذنجان والبطيخ) إذا حدث بعد القبض خروج بعضها اشترى كالمأذكرناو كان الحلو أن يبقى بجوارزه في الكل وزعم أنه مروى عن أصحابنا وكذا حكى عن الإمام الغضلي وكان يقول الموجود وقت العقد أصل وما يحدث تبع نفعه شمس الأئمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون أكثر بل قال عنه اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعده ذلك تبعاً وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم تعاملوا ببيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزاع الناس من عاداتهم حرج وقد رأيت رواية في نحو هذا عن محمد بن جهم الله وهو يبيع الورد على الأشجار فان الورد متسلاخ ثم جوز البيع في الكل بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله (والمخلص) من هذه الأوزام الصعبة (أن يشتري) أصول الباذنجان والبطيخ والرتبة ليكون ما يحدث (على ملكه) وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستأجر الأرض مدته معلومة بعلم غايه الادراك وانقضاء الغرض فيها يباقي الثمن وفي ثمار الأشجار يشتري الموجود ويحل له البائع ما وجد فان خاف أن يرجع يفعل كما قال الغنيمة أو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر وهو أن يأذن المشتري على أنه متى رجع عن الاذن كان مأذوناً في الترتل بأذن حديد فيجعله على مثل هذا الشرط (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة) يستثنى منها أوطالا معلومة خلاف مالك (أجازة قياساً على استثناء شجرة معينة قلنا قياساً مع الغارق لأن الباقي بعد إخراج المستثنى غير مشار إليه ولا معلوم الكيل الخصوص فكان مجهولاً بخلاف الباقي بعد إخراج الشجرة فإنه معلوم مغرر بالاشارة قالوا هذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول الطحاوي والشافعي وأحمد بن جهم الله وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد مجهولاً فقد تقدم الادراك اذا تجل الحر وقد يتأخر الادراك اذا طال البرد (قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة) يستثنى منها أوطالا معلومة (سواء كان على الشجر أو بعد الجرز) خلاف مالك رحمه الله لأن الباقي بعد الاستثناء

فصلوا العقد عن الفائدة فلا يصح كلاً يصح مثله في المضار به هذا المعنى وعن هذا قال بعض الشارحين يشير إلى هذا (أوطالا معلومة) وردبانه لو كان المستثنى صاعاً واحداً أو وطلاً واحداً فالحكم كذلك وبانه لا يتخلوا ما أنه بقي شيء بعد الاستثناء وأولاً وكل من التقديرين يقتضي صحة العقد أما الأول فلأن الباقي بعد الاستثناء معلوم لكون المستثنى معلوماً سلمنا أن الباقي غير معلوم وزنا لكن ذلك ليس بشرط إذا باع موازنة وإيس الغرض ذلك بخلاف أن يكون البيع في الباقي مجازفة وهو معلوم مشاهدة وأما الثاني فلأنه يكون حينئذ استثناء الكل من الكل

(قوله وهذا يدل على أن الحكم فيهما) أقول فيه بحث فان لازم منه أن من قال بالاول قال بالثاني والعكس ليس بالزم

فيبطل الاستثناء ويجوز البيع وأجيب بأن هذا باعتبار المآل وأما في الحال فلا يعرف هل يبقى بعد الاستثناء شيء أو لا فصاحب الجواهر لا يفتقر إلى التمسك بمقتضى التمسك في النزاع فهو أول المسئلة ثم قال المصنف (أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز) يريد به على قياس ظاهر الرواية فإن حكم هذه المسئلة لم يذكروا في ظاهر الرواية صريحاً ولا هذا قال ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانقراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك استثنائه وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانقراده لا يجوز استثنائه وفي بيع أطراف الحيوان فيه وجه لا يرد عليه العقد بانقراده فكذلك لا يجوز استثنائه وهذا لأن الاستثناء يقتضي أن يكون المستثنى مقصوداً معلوماً وأفراد العقد يقتضي أن يكون العقود عليه مقصوداً معلوماً فاشتراك في المقصود والعلم فإجاز أن يقع معقوداً عليه بانقراده جاز أن يستثنى وبالعكس وعلى هذا القول بعكك هذه الصبرة بكذا لا قفيز منها بدرهم صح في جميع الصبرة إلا في قفيز (٩٣) لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد عليه وأما

لوقال بعكك هذا القطع من الغنم الأشاة منها بغير عينها بما تدرهم فلا يجوز لأنه استثنى ما لا يجوز إفراده العقد عليه ولوقال الأهذه الشاة بعينها جاز لأنه يجوز أفراد العقد عليه فيجوز استثنائه وكذا الحكم في جميع العدد بأن المتفاوتة كاشيب والعبد بخلاف السكيلي والورثي والعددي المتقارب فالاستثناء قسمة وإيراد العقد عليه جائز لأن الجهة لا تقتضي إلى المنازعة قبل ما الفرق بين قوله بعكك هذا القطع من الغنم إلا هذه الشاة بعينها تدرهم فإنه جائز بين قوله بعكك هذا القطع من الغنم كله على أن في هذه الشاة الواحدة منه بعينها فإنه لا يجوز مع أنه قد استثنى الشاة المعينة من القطع معي وأجيب بأن في الاستثناء المستثنى لم يدخل في المستثنى منه لأنه لبيان أنه لم يدخل كغيره

أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانقراده يجوز استثنائه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك استثنائه بخلاف استثنائه الجمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذلك استثنائه (و يجوز بيع الحنطة في سنبها والبقلاء في قشره) وكذا الارز والسهم وقال الشافعي رحمه الله لا ما قيل ينبغي أن يجوز البيع على كل حال لأنه ان بقي شيء بعد إخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلاً لأنه مستغرق فيبقى الشكل مبيعاً لا يرد وهذا على التعليل بجوز أن لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع وهو وجوب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالاخرة واتفق أنه بقي مقدار معين لأن الجهالة القائمة قبل ذلك في الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله (فأما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانقراده يجوز استثنائه ومن العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذلك استثنائه بخلاف استثنائه الجمل) من الجارية الحامل أو الشاة (وأطراف الحيوان لا يجوز) كما إذا باع هذه الشاة الألية وأهذه العبد الأيديه فيصير مشتر كمتبرعاً بخلاف لو كان مشتر كاعلى الشيوع فإنه جائز وإنما قال ينبغي لأن جواب هذه المسئلة ليس مصرحاً به في ظاهر الرواية وهو أن كل ما جاز إفراده بإيراد العقد عليه جاز استثنائه ويصير الباقي مبيعاً لأن عدم الجواز أقبس بذهب إلى حقيقته في بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فإنه أفسد المبيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم في استثنائه أطال معالومة مما على الأشجار وان لم يفض إلى المنازعة فالخاسل أن كل جهة مفضية إلى المنازعة مبطلة فليس يلزم أن يفض إليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية إلى المنازعة في الصحة من كون المبيع على حدود الشرع ألا يرى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى المبيع بأجل مجهول كعدم الحاجة ونحوه ولا يعتبر ذلك صحيحاً وأما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا يبلغ إلا تلك الأبطال فبعداً لما شاهدته تفيد كون تلك الأبطال لا تستغرق الشكل والأقلارضى المشتري حينئذ بذلك الاستثناء (قوله) ويجوز بيع الحنطة في سنبها والبقلاء في قشره وكذا الارز والسهم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر وكذا الجوز والورث والغسق في قشره الأول عنده وله) في بيع الحنطة في السنبيل (قولان) وأجاز بيع الشعير والذرة في سنبها (وعندنا يجوز مجهول وهذه الجهة لا تقتضي إلى النزاع إذا المشتري يطالب بالاجود والبايع يسلم الأرذل على أنه يحتمل أن الموجود ليس الأهذه الأبطال المستثناة وصح في ظاهر الرواية لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانقراده يجوز استثنائه من العقد كالأهذه المستثنى قفيز من صبرة وما لا يجوز إفراده بالعقد لا يجوز استثنائه ومن العقد كالأهذه المستثنى عضواً من الشاة ونحوه وهذا لأن الاستثناء استخراج بعض ما يتناول الكلام في حق الحكم

في الأصول فلم يكن أفرادها خارجاً بخصتها من الثمن فلا جهالة فيه وأما في الشرط فلا الشاة دخلت أولاً في الجاه ثم خرجت بخصتها من الثمن وهي مجهولة فيفسد البيع في الشكل ونظيره ما لو قال بعكك هذا العبد الأشر فانه صحيح في تسعة أعشاره لو قال على أن في عشرة لم يصح قبل القائل أن يقول سلمت أن إيراد العقد على الأبطال المعلومة واستثناءها جاز لكن لأن سلم جواز بيع الباقي وهو مجهول والجواب أن لا نسلم أن الباقي مجهول لما ذكرنا أن المستثنى إذا كان معلوماً تسر منه جهالة إلى المستثنى منه لا بحسب الوزن فيكون البيع في الباقي مجازاً فهو لا يحتاج إلى معرفته مقدار المبيع (قال ويجوز بيع الحنطة في سنبها) بيع الشيء في غلافه

(قوله فيبطل الاستثناء أقول فيه بحث) قوله وينعكس إلى أن ما لا يجوز إفراده (أقول ليس ما ذكره عكس تلك القضية) قوله واستثناءها جاز لكن لا نسلم (أقول فيه بحث فإنه بعدته لم يمحوا الاستثناء لا معنى للمنع فتأمل

لا يجوز البيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عند وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة فيه فاشبهه تراب الصاغعة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه منى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغعة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باع بجنسه لا يجوز

ذلك كله ان المعقود عليه وهو المبيع (مستور بما لا منفعة فيه) فلا يجوز بيعه كتراب الصاغعة اذا بيع بجنسه بجامع استناده بما لا منفعة فيه والمعول في الاستدلال فيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر فانه لا يرى قدر الحنطة الكائنة في السنبال والمبيع ما رآه يديه الا الحب لا السنبال فخرج جميع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لسكنة تركه للتعامل المتوارث (ولنا ما روي انه عليه الصلاة والسلام منى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم وأصحاب السنن الاربعون ويقال زها النخل والثمر يزهو وأزهى يزهى لغته في الاشتقاق من الزهول لغتان وأنكر الاصمعي الر باعية يزهى كمنقل الزخشي عن الغير انكار يزهو الثلاث لا يقال أنت لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا انما علمون وان الاتفاق على انحطاط النبي على بيعها بشرط التبرك الى الزهوء وقد منعه ولانه مال متقوم معلوم (فيجوز بيعه كالشعير في سنبله) بخلاف بيعه بمثله في سنبل الحنطة لاحتمال الربا اما انه مال متقوم فظاهر واما انه معلوم فانه مشار اليه وبالاشارة كغاية في التعريف اذا لم يمنع من روثه عينها لا يتخل بدرك قدر في الجملة وليس معرفته على التحريم شرط او الامتناع بيع الصبرة المشاهدة وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه أي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز زعم انه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بان النوى هناك معتبر عدما هالكا في العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبله وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور وفيها لوز ولا يذهب اليه وهم (بخلاف تراب الصاغعة فانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا) حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وبما ذكرنا يخرج الجواب عن امتناع بيع اللبن في

فانما يصح في محل يمكن اثبات حكم الكلام فيه مقصودا وبيع قفيز من صبرة جازفة كذا استثنائه وبيع الحل وأطراف الحيوان لا يجوز فكذا استثنائه وهذا لان الحكم فيه ثبت بعله الاصل فلا يستقيم استخراجه عن العقد والدليل الموجب في حقه قائم (قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبله الخ) فان قيل اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو باع نوى تمر في تمر بعينه لا يجوز زعم انه موجود في غلافه كالحنطة في سنبله قلنا أشار أبو يوسف رحمه الله الى الفرق بينهما فقال لان انما يباع في السنبلة الحنطة لا ترى أنك تقول هذه حنطة وهي في سنبله ولا تقول هذا حب وهو في القطن وانما تقول هذا قطن وكذلك في التمر كذا في الذخيرة وفي شرح الطحاوي الاصل انه اذا باع شيئا وهو في غلافه قبل الازالة فانه لا يجوز الا الحنطة في سنبله وسائر الحبوب في سنبله والذهب في ترابه والفضة في ترابه بخلاف جنسه من الثمن كالباع لبناني الضرع أو لحافى الشاة أو شحمها أو ألبنها أو أكرعها أو جلودها أو باع دقة في هذه الحنطة أو زيت في هذا الزيت أو دهن في هذا السمس أو عصير في هذا العنب من الاشياء التي في خلقها بحيث لا يمكن أخذها وقبضها الا بافساد الحنطة فلا يجوز البيع فيها (قوله فاشبهه تراب الصاغعة اذا بيع بجنسه) أي تراب الغضة بتراب الغضة أو بالفضة أو بالذهب بتراب الذهب أو بالذهب أو بالذهب وهو تراب يجمع في موضع يصاغ فيه الذهب والفضة (قوله منى عن بيع النخل) أي يبيع ثمرا نخل (قوله حتى يبيض ويأمن العاهة) وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد جود الغاية (قوله كالشعير) يجوز بيع الشعير في سنبله بالاجماع (قوله وفي مسئلتنا) أي في بيع الحنطة في سنبله أو باع بجنسه أي باع الحنطة في سنبله بخنطة في سنبله لا يجوز لشبهته الى بالانه

لا يجوز البيع الحبوب كالحنطة والبقلاء (والأرز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر والجوز واللوز والفستق في قشره في قوله الاول) وكذا بيع الحنطة في قوله الجديد واستدل بان المعقود عليه مستور بما لا منفعة له والعقد في مثله لا يصح كما اذا بيع تراب الصاغعة بمثله وانما روي ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه منى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة وحكم ما بعد الغاية بخلاف حكم ما قبلها وفيه نظر لانه استدلال بفهوم الغاية والاولى أن يستدل بقوله منى فان النوى يقتضي المشروعية كاعرف (قوله ولانه حب منتفع به) كانه جواب عن قوله مستور بما لا منفعة له وتقر به لانسلم انه لا منفعة فيه بل هو أي المبيع بقشره حب منتفع به ومن أكل الغولية شهد بذلك وان الحبوب المذكورة تذخر في قشرها قال الله تعالى فذروها في سنبله وهو انتفاع لا بحالة لحاز البيع كبيع (قوله وفيه نظر لانه استدلال بفهوم الغاية) أقول في نظره نظرات (قوله والاولى أن يستدل بقوله منى الخ) أقول فيه بحث فان في الاستدلال

الشعير بجامع كونها مالمين متقومين ينتفع بهم ما وبيع تراب الصاعغة انما لا يجوز اذا بيع بحسنه لاحتمال الربا حتى اذا بيع بخلاف جنسه جار وفي مسئلتنا لو بيع بجنسه لا يجوز أيضا الشبهة الربا لجهالة قدر ما في السنبلة فان قيل (٤٩٥) ما الفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا باع جب

قطن في قطن بعينه أو وري  
تتم في تمر بعينه وهما سبان  
في كون المبيع مغلفا أجيب  
بان الغالب في السنبلة  
الخطئة يقال هذه خطئة  
وهي في سنبلة ولا يقال هذا  
جب وهو في القطن وانما  
يقال هذا قطن وكذلك في  
التمر ليسه أشار أبو يوسف  
رحمته الله قال (ومن باع دارا  
الح) الاغلا في جمع غلق  
بفتح اللام وهو ما يعلق  
ويفتح بالمفتاح اذا باع دارا  
دخل في البيع اغلاقها بناء  
على ما تقدم من ان كان  
موضوعا فيه للقرار كان  
داخلا والاغلا كذلك  
لانها مركبة فيها للبقاء  
والمفتاح يدخل في بيع الغلق  
يلا تسميه لانه كالجزء منه  
اذلا ينتفع به بدونه والداخل  
في الداخل في الشيء داخل  
في ذلك الشيء فان قيل  
عدم الانتفاع بدون شيء  
لا يستلزم دخوله في بيعه فان  
الانتفاع بالدار لا يمكن الا  
بطريق ولا يدخل في بيع  
الدار فالجواب ان الداخل  
في الداخل في الشيء داخل  
للمحالة وقوله الانتفاع بالدار  
لا يمكن الا بالطريق بقولنا  
الانتفاع بها لا يمكن الا  
بالطريق مطلقا ومن حيث  
السكنى والاول ممنوع فانه

أيضا الشبهة بال لانه لا يدري قدر ما في السنبال (ومن باع دارا دخل في البيع مغايب اغلاقها) لانه  
يدخل فيه الاغلا لانهم ركب فيها اللبغاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه  
اذلا ينتفع به بدونه قال (وأجر الكيل وناقدا الثمن على البائع) أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع  
ومعنى هذا اذا بيع مكايلا وكذا أجرة الوزن والذراع والعدد أو ما النقد فالذ كور رواية ابن رستم عن محمد بن  
النقد يكون بعد التسليم ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره  
أو ليعرف المعجب ليرد وفي رواية ابن سمياعة عن علي المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة  
تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال (وأجرة وزن الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج  
الضرع واللحم والشحم في الشاة والالبسة والاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في الزيتون  
والعصير في العنب ونحو ذلك حيث لا يجوز لان كل ذلك لا ينعقد في العرف لا يقال هذا عصير زيت في محله وكذا  
الباقى واعلم ان الوجه يقتضى ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره (قوله ومن باع دارا  
دخل في البيع مغايب اغلاقها) المراد بالغلق ما تسميه ضمة وهذا اذا كانت مركبة لانهم اتركيب البقاء اذا  
كانت موضوعا في الدار ولهذا لا تدخل الاقفال في بيع الخوانيت لانها لا تتركيب وانما تدخل الالواح وان  
كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى في عرفنا بمرور باب الدكان  
وقيد كرفها عدم الدخول ولا معول عليه (وقوله لانه لا ينتفع بها الاب) أجيب بمنع أن شراء الدار مقصود على  
الانتفاع بذاتها بل قد يكون لغرض جرد المال لياخذ بالشفعة أو ليطهر بها ولذا لما كان العقد عليها  
مقصودا على ذلك كما في الاجارة أدخلنا الطريق (فرع) يناسب ما نحن فيه من حيث انه يتناول البيع بلا  
تنصيص من المال عليه وان كان في معنى آخر اشترى ما يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقص  
الثمن حتى غاب كان للبائع أن يبيعه من آخر ويحل للمشتري الثاني أن يشتريه وان كان يعلم بالحال لان  
المشتري الاول رضى بهذا ففسخ دلاله فيحل للبائع بيعه وحل للمشتري أن يشتريه وانما كتبها لانها كثيرا  
ما تقع في الاسواق (قوله وأجرة الكيل ووزان المبيع وذراعه وءاده) ان كان البيع بشرط الكيل والوزن  
أو الذراع أو الاعد (على البائع) لان عليه ابقاء المبيع ولا يتحقق ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه وان بكل من ذلك يميز  
ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا اذا باع مكايلا أو موازنة ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة  
وأجرة وزن الثمن على المشتري باتفاق الاثمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتميزه عنه فكانت مؤنة عليه  
وأما أجرة ناقدا الثمن فاختلاف الرواة والمشايخ فرى ابن رستم عن محمد بن علي البائع وهو المذكور في  
المختصر وجهه ان النقد يحتاج اليه بعد التسليم وحينئذ يكون في يد البائع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى  
تميز حقه وهو الجياد عن غيره فحرمه ورى ابن سمياعة عن علي المشتري به كان يغني الصدر الشهيد لانه يحتاج  
الى تسليم الجسد وتعرفه بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد أجرة النقد على من  
عليه الدين كفي الثمن انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد لاجرة على رب الدين وفي الخلاصة

لا يدري قدر ما في السنبال (قوله اذلا ينتفع به) أي بالغلق بدونه أي بدون المفتاح فان قيل الانتفاع بالدار  
لا يمكن الا بالطريق ومع ذلك لا يدخل الطريق في بيع الدار بدون ذكره أو ذكر الحقوق قلنا شري الدار  
قد يكون مقصودا بدون الطريق لانه يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراة  
وأما المغلاق فلا يكون مقصودا منقردا عن المفتاح فيدخل بدون الذكر كما اذا استأجر دارا يدخل الطريق  
بدون الذكر (قوله في رواية ابن سمياعة عنه) أي عن محمد بن علي المشتري به كان يغني الصدر  
يحتمل أن يكون مراد المشتري أخذ الشفعة بسبب ملك الدار وهو انتفاع بها لاحتياجه الى تسليمها  
بما ذكره اعترافا بفساد العقد (قوله والداخل في الداخل) أقول كيف يكون داخلا وقد قال كالجزء منه فتأمل (قوله والثاني مسلم الح) أقول  
ولعل مثل هذا التردد يجائز في المتنازع فيه فتأمل

الكلام في ذلك والقفل ومفتاحه لا يدخلان (٤٩٦) والسلم انصل بالبناء من خشب كان أو حجر يدخل وان لم يتصل لا يدخل

الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولا) لان حق المشتري تعين في المبيع فقدم دفع الثمن ليعين حق البائع بالقبض على السلعة لا يتعين بالتعيين تحقيق المساواة قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قبل لهما سلم معا) لاستوائهما في التعبد فلا حاجة الى تقديم أحدهما

الصحيح انه على المشتري وكذا قال القدوري انه على المشتري الاذا قبض البائع الثمن ثم جاء برده بعيب الزيادة قال واختار في الواقعات انه على المشتري وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلا فالكيل على البائع وصحبها في وعاء المشتري على البائع أين هو المختار وفي المشتري اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سبلها فعلى البائع تخليصها بالدرس والتدريته ودفعها الى المشتري وهو المختار وقطع العيب المشتري جزافا على المشتري وكذا كل شيء باع جزافا كالنوم والصل والجوز اذا دخل بينهما وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا دخل البائع بينهما وبين المشتري الكل من الخلاصة (قوله) ومن باع سلعة بثمن قبل للمشتري ادفع الثمن أولا لان حق المشتري تعين في المبيع فقدم دفع الثمن لتعين حق البائع بالقبض) لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف (أنه لا يتعين بالتعيين) في المبيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساوى ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري دفع الثمن وللبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو أخذ البائع ثمنه كغبار أو رهن المشتري به رهن المالك أو حال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا حال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد بن سيرين وايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية اذا حال البائع به رجلا سقط واذا حال المشتري البائع به لا يسقط ومالم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع نفسه بان كان حيا أو نافق قل نفسه أو بأمر سماعي بطل المبيع فان كان قبض الثمن أعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان المبيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا أو قبيحته ان كان قبيحا وان هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء دفع المبيع وعاد المبيع الى مالك البائع ويضمن له الجاني في المثل المثل والافاقية فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله) ومن باع ساعة بسلعة أو ثمن بثمن قبل لهما سلم معا لاستوائهما في تعين حق كل منهما) قبل التسليم فليحجب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر حتى يكفد فعا معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة في التجزئة بتسليم المبيع أن يخلى بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع محضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مغفرا غير مشغول بحق غيره وعن الوبري المتاع لغير البائع لا يمنع فلو أخذ به قبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيرا وان كان غلاما أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امش بخطى معي فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته وفي الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلى ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل الشهيد رحمه الله (قوله) تحقيقا لمساواة أي في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لان الدين أنقص من العين ولو كان المبيع غائبا عن حضرته ما للمشتري أن يمنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليعتد به من قبضه ثمنه كذا في المغني والله أعلم

قال وأجرة الكيل وناقذ الثمن اذا باع المكيل مكايلا أو الموزون موزنة أو المعدود عددا واحتاج الى أجرة الكيل والوزن والعداد فهي على البائع لان التسليم واجب عليه وهو لا يحصل الا بهذه الافعال ومالا يتم الواجب الا به فهو واجب واما أجرة ناقذ الثمن ففي رواية ابن وسنم عن محمد بن علي البائع وهو المذكور في المختصر وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري وجه الاولى ان التقدير يكون بعد التسليم لانه انما يكون بعد الوزن و به يحصل التسليم والبائع هو المحتاج الى التقدير من ماله من غيره أو يعرف المعيب ليرده وجه الثانية ان المشتري هو المحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالتقدير كما يعرف القدر بالوزن وبه كان يبقى الصدر الشهيد وأجرة وزن الثمن على المشتري لانه المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال (ومن باع سلعة بسلعة أو ثمن بثمن قبل لهما سلم معا) لان حق المشتري تعين في المبيع فقدم دفع الثمن لتعين حق البائع بالقبض) لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى بها (لما) عرف (أنه لا يتعين بالتعيين) في المبيع فلا بد من تقدم قبضها ليتساوى ولو كان المبيع غائبا لا يلزم المشتري دفع الثمن وللبائع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البائع للمبيع ولو أخذ البائع ثمنه كغبار أو رهن المشتري به رهن المالك أو حال البائع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا حال المشتري البائع به عند أبي يوسف وعن محمد بن سيرين وايتان في رواية كقول أبي يوسف وفي رواية اذا حال البائع به رجلا سقط واذا حال المشتري البائع به لا يسقط ومالم يسلم المبيع هو في ضمان البائع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البائع بفعله أو بفعل المبيع نفسه بان كان حيا أو نافق قل نفسه أو بأمر سماعي بطل المبيع فان كان قبض الثمن أعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان المبيع مطلقا أو بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان مثليا أو قبيحته ان كان قبيحا وان هلك بفعل أجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء دفع المبيع وعاد المبيع الى مالك البائع ويضمن له الجاني في المثل المثل والافاقية فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اختار البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن للبائع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل (قوله) ومن باع ساعة بسلعة أو ثمن بثمن قبل لهما سلم معا لاستوائهما في تعين حق كل منهما) قبل التسليم فليحجب تقديم دفع أحدهما بعينه على الآخر حتى يكفد فعا معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة في التجزئة بتسليم المبيع أن يخلى بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان أن يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع محضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع وان يكون مغفرا غير مشغول بحق غيره وعن الوبري المتاع لغير البائع لا يمنع فلو أخذ به قبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول القبض أن يقول خليت بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البائع قبضته فان أخذه برأسه وصاحبه عنده فقاده فهو قبض دابة كان أو بعيرا وان كان غلاما أو جارية فقال له المشتري تعال معي أو امش بخطى معي فهو قبض وكذا لو أرسله في حاجته وفي الثوب ان أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد بالتخلى ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البائع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض وان دفعه ولم يقل الشهيد رحمه الله (قوله) تحقيقا لمساواة أي في تعيين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لان الدين أنقص من العين ولو كان المبيع غائبا عن حضرته ما للمشتري أن يمنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليعتد به من قبضه ثمنه كذا في المغني والله أعلم

في تعين حق كل واحد منهما وفي المالية أيضا لان الدين أنقص من العين وعلى هذا اذا كان المبيع غائبا عن حضرته ما في ذلك المشتري أن يمنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليعتد به من قبضه ثمنه كذا في المغني والله أعلم

## في الدفع

## \*(باب خيار الشرط)\*

شيأ لا يكون قبضاً ولو باع داراً غائبة فقال سلمتها إليك وقال قبضتها لم يكن قبضاً وإن كانت قريبة كان قبضاً وهي أن تكون بحال يقدّر على اغلاقها وما لا يقدّر على اغلاقها فهي بعيدة وأطلق في المحيط أن بالتخليّة يقع القبض وإن كان المبيع بعد عنهما وقال الخلوّ في ذلك كفي النواذر إذا باع ضيعة وتوكل بينه وبين المشتري أن كان يقرب منها يصير قابضاً أو بهدلاً يصير قابضاً وقال والناس عنه غافلون فانهم يشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الاغنة يصح القبض وإن كان العقار غائباً عنهما عند أبي حنيفة خلافاً لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تم بآله فتحه من غير تكلف وكذا إذا اشترى بقار في السرح فقال البائع اذهب واقبض إن كان يرى بحيث يمكنه الإشارة إليه يكون قبضاً ولو باع خلاصاً ونحوه في دن دخل بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوباً فأمره البائع بقبضه فلم يقبضه حتى أخذته انسان إن كان حين أمره بقبضه أمكنه من غير قيام صح التسليم وإن كان لا يمكنه الإبقاء لم يصح ولو اشترى طيراً في بيت والباب مغلق فأمره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت ريح فتفتحت الباب فطار لا يصح التسليم وإن فتحه المشتري فطار صح التسليم لأنه يمكنه التسليم بأن يحتاط في النتح ولو اشترى فرساً في حظيرة فقال البائع سلمتها إليك فتفتح المشتري الباب فذهب الفرس إن أمكنه أخذها من غير عون كان قبضاً وهو تأويل مسألة الطير وفي مكان آخر من غير عون ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلك على المشتري قال القاضي الامام هذا لا يمكن على الدابة سرج فإن كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قبضاً ولو افلا ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الآخر لا يصير قابضاً كما إذا باع الدار والبائع والمشتري فباعها معا

## \*(باب خيار الشرط)\*

قد عرف أن البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس المالكين في البدلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم ما هو الاصل ثم شرع بذكر ما يتعلق بالعلة التي تخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظهر أن شرط الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لئلا يصح له بيعه وسلم عن بيعه وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار علة اسمها ومعنى لا يحكم للمستلزم علة اسمها ومعنى وحكمه وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول والموانع خمسة أقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد المبيع في الحر لانها لا تنعقد الا في محلهما وحمل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع أصلاً فيه كأنه قطاع الوتر يمنع أصل الرمي بعد القصد اليه وموانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كإصابة السهم بعد الرمي حاطاً فرده عن سنه وموانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج المبيع عن ملكه على مثال استئثار المرمي اليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه وموانع يمنع تمام الحكم بعد ثبوته بخيار الرؤية للمشتري وموانع يمنع لزومه كإصابة العيب وإضافة الخيار الى الشرط على حقيقة الإضافة وهي إضافة الخيار الى سببه إذ سببه الشرط وحينئذ ودر شرعيته جعلناه داخل في الحكم مانعاً من ثبوته وتقليلاً لعمله بقدر الإمكان وذلك لأن عمله أثبات الخطر في ثبوت المالك وبذلك يشبه القمار فعلاً لناشبهه هو القمار أن يقول القمار ما حرم لعني الخطر بل باعتبار تعليق المالك بما يضعه الشرع سبباً للمالك فإن الشارع لم يضع ظهور العدد الغلاني في ورقة مثلاً سبباً للمالك والخطر طرد في ذلك لأن أثره نعم نفعه أن يقال اعتبرناه في الحكم تقليلاً لنحو خلاف الاصل وأما كونه فيه غرر وقد نسي عن بيع الغرر فذلك الغرر في المبيع وهذا في أن المالك هل يثبت أولاً

## \*(باب خيار الشرط)\*

البيع نوعان لازم وهو الاصل وغير لازم وهو الذي فيه الخيار وهذه الإضافة من باب إضافة الحكم الى سببه كصلاطه الطهر اذ لا الشرط لما ثبت الخيار والموانع أنواع مانع انعقاد العلة كإضافة البيع الى الحر وموانع

تقديم أحدهما بالدفع

والله أعلم بالصواب

\*(باب خيار الشرط)\*

\*(باب خيار الشرط)\*

قال (خبار الشرط جائز في البيع نارة يكون لازماً وأخرى غير لازم) واللازم ما لا خيار فيه بعد وجود شرائطه وغير اللازم ما فيه الخيار ولما كان اللازم أقوى في كونه ببعاده على غيره ثم قدم خيار الشرط على سائر الخيارات لأنه يمنع ابتداء الحكم ثم خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ثم خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم وانما كان (٤٩٨) عمله في منع الحكم دون السبب لأن من حقه أن لا يدخل في البيع لكونه في معنى

قال خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري (ولهما الخيار ثلاثة أيام فسادونها) والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبى في البياعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام اذا بايعت فقل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام

(قوله خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما ثلاثة أيام) بروى ينصب ثلاثة أيام على الظرف أى في ثلاثة وروى فيها على أنه خبر مبدىء محذوف أى هو ثلاثة أيام ثم في فتاوى قاضيان اذا شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد أصلاً ويثبت الخيار في البيع الغاسد كالصحیح (قوله والاصل فيه ما روى أن حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبى في البياعات الحديث روى الحارثي في المستدرک من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ بن عمرو رجلاً ضعيفاً وكان قد أصابته في رأسه مأومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار إلى ثلاثة أيام فيما اشتراه وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بلغ وقل لا خلاية وكان يشتري الشيء فيجيب به إلى أهله فيقولون له هذا غال فيقول إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خبرني في بيعي وسكت عليه وحبان يفتخ الحاء المهملة ومنقذ بالمججمة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق قال أخبرنا سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي رحمه الله والاصل في بيع الخيار أنه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصريات خيار ثلاثة أيام في البيع وروى أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع انتهينا إلى ما قال صلى الله عليه وسلم وأخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلاً من الانصار يشكو إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لا زال يغبى في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلاية ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال قال ابن اسحق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد أصيب في رأسه وكان يغبى في البيع فذكر نحوه ورواه ابن ماجه عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد أصابته مأومة في رأسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبى فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له الحديث وهو يقتضي أن المتقول له منقذ بن عمرو ولا حبان ابنه ولا شك أن هذا منقطع وغلط من عزاه لابي داود وكذا رواه البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد كره قال وعاش مائة وثلاثين سنة والحديث وان داره على ابن اسحق قال لا كثر على ثوبه ورجع مالك عما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن أبي شيبه عن محمد بن يحيى بن حبان قال قال عليه الصلاة والسلام لمنقذ بن عمرو قل لا خلاية واذا بيعت ببيع غانت بالخيار ولا شك أن تكون الواقعة لحبان أرجح لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه وأما ما روى في الموطأ والصحیح عن ابن عمر أن رجلاً ذكر

يمنع تمام العلة كببيع مال الغير ومانع يمنع الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب وبيان أن خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم أن الشرط يدخل على الحكم دون السبب لأن الأثبات لا تقبل التعليق بالشرط فعملنا الشرط داخل على الحكم دون السبب فيتنجز السبب ويتعلق الحكم بتعليق التعليق حتى لو قال ان اشتريت هذا العبد دفعه وحرفا اشتراه بشرط الخيار للبائع تنحل البين إلى جزاء حتى لو اشتراه بعد ذلك ببيعاً بالاياعتق عليه فلو لا انعقاد السبب لما انحلت البين ولو لا مانعة ثبوت الحكم لثبت العتق (قوله حبان بن منقذ) يفتخ الحاء المهملة وبالهاء بنقطة واحدة تحتانية وقد كان يغبى في البياعات لمأومة أصابته رأسه والخلاية الخداع يقال خلبه بخلقه اذا مال

العتار ولكن لما جاء به السنة لم يكن بد من العمل به فأظهرنا عمله في منع الحكم تقليلاً لعمله بقدر الامكان لان دخوله في السبب مستلزم للدخول في الحكم دون العكس وهو على أنواع فاسد بالاتفاق كما اذا قال اشتريت على اني بالخيار أو وعلى اني بالخيار ايأما أو على اني بالخيار أبداً وجاز بالاتفاق وهو أن يقول على اني بالخيار ثلاثة أيام فسادونها ويختلف فيه وهو أن يقول على اني بالخيار شهراً أو شهراً من فانه فاسد عند أبي حنيفة وروى الشافعي جازر عند أبي يوسف ومحمد سواء كان لاحد العاقلين أو لهما جميعاً أو شرط أحدهما الخيار لغير وجه قول أبي حنيفة في الخلافة ما روى ان حبان بن منقذ كان يغبى في البياعات لمأومة أصابته رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايعت فقل لا خلاية ولي الخيار ثلاثة أيام والخلاية الخداع ووجه الاستدلال ان شرط الخيار شرط يتخالف مقتضى العقد وهو المزموم وكل ما هو كذلك فهو مفسد الا ناجوزناه بهذا النص على خلاف

ولا

القياس فيقتصر على المدة المذكورة فيه فان قيل كيف جاز للبائع

(قوله ولما كان اللازم أقوى في كونه ببعاده على غيره) أقول فان قيل ما قدمه ليس هو البيع اللازم بل البيع المطلق المتناول لللازم وغيره قلنا يكفي في التقديم تناوله اللازم وأمر العبارة سهل



والمدكور في النص هو المشتري فكما عديتم فبين له الخيار فليست عدي في مده فالجواب ان في النص اشارة الى ذلك وهو لفظ المفاعلة ولان البائع في معنى المشتري في معنى المناط فليحق به دلالة وكثير المدة ليس كغالبها لان معنى (٤٩٩) الغري يمكن بزيادة المدة فيزيد اذا الغرور وهو مفسد ولها ما حديث

ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التامل ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فكان كثير المدة كقليلها فليحق به وصار كالتأجيل في الثمن فانه جازت قلت المدة أو كثرت الحاجة والجواب ان حديث حبان مشهور فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر سألناهم اسواءه لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار فيجوز ان يكون المراد به خيار الرؤية والعيب وانه أجاز الرديح ما بعد الشهرين ولا نسلم ان كثير المدة كالقليل في الحاجة فان صاحب الخلابة كان مصابا في الرأس فكان أحوج الى الزيادة فلوزادت كان أولى بها فدل على أن المقدر لنفي الزيادة سلمناه لكن في الكثير معنى الغرور أزيد وقد تقدم والقياس على التأجيل في الثمن غير صحيح لان الاجل يشترط للقدرة على الاداء وهي انما تكون بالكسب وهو لا يحصل في كل مدة فقد يحتاج الى مدة طويلة قوله والجواب ان حديث

(ولا يجوز) أكثر من عند أبي حنيفة) وهو قول زفر والشافعي وقال (يجوز اذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنهما انه أجاز الخيار الى شهرين) ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن

لرسول الله صلى الله عليه وسلم انه يتخذ في البيوع فقال اذا بايعت فقل لا خلابة ولا خلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث وهو لا يمس المطلوب (فرع) \* يجوز الحاق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما بعد البيع ولو بايام جعلت بالخيار ثلاثة أيام صح بالاجماع حتى لو شر الخيار بعد البيع البات شهر او رضايه فسد العقد عند أبي حنيفة خلافا لهما ولو أخلقه شرط فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قواهما او يفسد في قول أبي حنيفة ولو باع على أنه بالخيار على أن له أن يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بسنتين على أنه بالخيار على أن له أن يأكل من ثمرته لا يجوز لان الثمر له حصته من الثمن وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشتري خياره ولو قال له أنت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند أبي حنيفة يستمر له الى أن يخرج وقت الظهر وعندهما لا يندخل الغاية (قوله ولا يجوز) أكثر من أي من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة (وهو قول زفر والشافعي) وكذا لا يجوز عند أبي حنيفة اذا زاد على ثلاثة أيام كذلك لا يجوز اذا أطلق (وقال لا يجوز اذا سمي مدة معلومة) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ما أجاز البيع الى شهرين) وهذا دليل على الدعوى لانها جازة أكثر من ثلاثة أيام طالبت المدة وقصرت وحديث ابن عمر يفيد جواز أكثر من الثلاثة مدة خاصة لا غير (لان الخيار انما شرع للحاجة الى التروى ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتأجيل في الثمن) شرع للحاجة الى التأخير بخالف مقتضى العقد ثم جاز أي مقدر ارضا عليه بقوله ما قال أحد لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لا يجوز أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم وان كان ضيعه لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط أكثر من الثلاثة لانه شرع للحاجة ويمكن أن يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طر يقال لانه ان كان لا مكان أن يذهب فيها قبل الشراء ثم يشتري الحاجة الى شرط الخيار أصلا لان خيار الرؤية ثابت له ولو تأخرت رؤيته سنة وان كان للتروى في أمرها هل تساوى الثمن المذكور أو لا وهي منتفع بها على الكمال أولا وان لم يرها فهذا لا يتوقف على أكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث وأما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضي اشترى شيئا يتسارع اليه الفساد على أنه بالخيار ثلاثة أيام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما أن يفسخ البيع واما أن يأخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى نجبر المبيع أو يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين وهو نظير ما لو ادعى في رجل بشرأى يتسارع اليه الفساد كالمسكة الطرية ويحمد المدعي عليه وأقام المدعي البيعة ويخاف فسادها في مدة التبركية فان القاضي يامر مدعي الشراء أن ينفذ الثمن ويأخذ المسكة ثم القاضي يبيعها من آخر ويأخذ ثمنها ويضع قلبه بالطرف القول وغبنه في البيع أي خدعه والغبن ضعف الرأي يقال رجل غيبين الرأي ومعنى قوله لا خلابة أي العدول عن البيع البات الى الخيار ليس من غرور وخداع بل المقصود التروى ويحتمل لانه خلابة من جهة البائع في معنى اثبات الخيار الى حتى تروى وأدفع الغبن عن نفسه ان كان في هذا البيع (قوله فصار كالتأجيل في الثمن) أي جوز قليله وكثيره وان كان يخالف مقتضى العقد لاجل الحاجة

حبان مشهور ولا يعارضه حكاية حال ابن عمر رضي الله تعالى عنهما) أقول فيه بحث اذا معارضة بينهما حتى يحتاج الى التراجع فان مفهوم العدولان كان محسنة لا مساوي المنطوق حتى يعارضه فليتامل فان المنع بمجالته أقول ذكره حكاية الحال يناسب الجواب الثاني والملائم لهذا المقام تعرضه لعدم الشهرة

ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزم وانما يجوزنا بخلاف القياس لما ويناها من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة (الا انه اذا جاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة خلافا لزفر) هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا

التمن الاول والثاني على يد عدل فان عدلت البيعة يقضى لمسدي الشراء بالتمن الثاني ويدفع التمن الاول للبائع ولو ضاع التمنان عند العدل يضيع التمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعته ولو لم تعدل البيعة فانه يضمن قيمة السمكة للمدعي عليه لان البيع لم يثبت وبقي أخذ مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة وجه قول أبي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزم ثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتزوي فيما يدفع الغبن عنه ولا شك ان النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا أو غير مغبون مما يتم في ثلاثة أيام بل في أقل منها فان معرفة كونه مغبونا في هذه الصفة أولا ليس من العلوم البالغة في الحفاء والاشكال ليجتاح في حصوله الى مدة تزيد عليها فكان الزائد على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلاث دلالة على لا يجوز بالقياس ولو فرض من العبادة بحيث لا يستغنى كونه مغبونا لم يعذر ولا يبيى الغبة باعتباره لان مثله زائل العقل وهذا يظهر أن قول ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان أنه خرج بخروج الغالب غير صحيح ولانه عليه الصلاة والسلام ضرب الثلاث لمن كانت غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في أمر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكان بدماعه مامومة أفسدت حاله أو أنه منقذ كان قد أصابته آفة في رأسه فمكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن مائة وثلاثين سنة كما في تاريخ البخاري الاوسط فاي حاله تزيد على هذه من الضعف لا عدم العقل بالكلية ومع ذلك لم يجعل له النبي صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة أيام فلا شك في منع الزائد مع أنه وجد في السمع ما يتقيه صريحاً وهو ان لم يبلغ درجته الخجة فلا شك أنه يستأنس به بعد تمام الخجة وهو ما روى عبد الرزاق من حديث أبان بن أبي عياش عن أنس أن رجلاً اشترى من رجل بغير او شرط عليه الخيار أو بعة أيام فابطل رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة أيام الا انه أعل بابان مع الاعتراف بانه كان رجلاً صالحاً وكذا أخرجه الدارقطني عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة أيام وفيه أحد بن ميسرة متروك وأما ما استدلوا من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء من كتب الحديث والآثار وأما القياس على الاجل فنقول بوجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل على خلاف القياس شرعه مطلقاً فعملنا باطلا وهما الشارح الخيار شرعه مقيداً بثلاثة أيام أو بثلاث ليال فعملنا بقتيدته حتى له أنه لو شرع الاجل أيضاً مقيداً بحد كذا فنقول لا يزداد عليها أيضاً ولو جوب الاقتصار على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة أن شرط الخيار للبائع لا يجوز لأن نفس الخيار ما وردا للمشتري قلنا ممنوع بل لا اعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بائعاً ومشترياً (قوله الا أنه) استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها أي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته داخل الثلاثة (عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لزفر) وبه قال الشافعي (هو) أي زفر (يقول انه) أي العقد (انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً) كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم أسقط الدرهم الزائد لا يقع صحاً أو باع عبداً بالف وطل خرتم أسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد ثبت (ولابي حنيفة أنه) أي من له الخيار

قوله (الا انه اذا جاز) يجوز أن يكون استثناء من قوله ولا يجوز أكثر منها ومعناه لا يجوز أكثر منها السكن لو ذكر أكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز ويجوز أن يكون من قوله فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور والاول أولى لقوله خلافا لزفر فتأمل وزفر يقول ان هذا (قوله لكن لو ذكر أكثر منها) وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز) أقول لكن لو ذكر الخ يشير الى أن الاستثناء منقطع والظاهر الاول أن يجعل على الاتصال أي لا يجوز أكثر منها في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته في الثلاث فليتدبر وقوله (فيقتصر على المدة المذكورة) من تمة الدليل فلا يلزم ذكر الخلاف في حيز الاستثناء المعلق به (قوله والاول أولى لقوله خلافا لزفر فتأمل) أقول يعني ان ذكر الخلاف يدل على تعلق الاستثناء بتقرير المسئلة على ما هو رأيهم في تفريع الخلاف

(قوله فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة) وذكر في المبسوط وأبو حنيفة رحمه الله استدلالاً بالحديث بان النبي صلى الله عليه وسلم قدر الخيار بثلاثة أيام والتقدير الشرعي انما يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا التقدير ليس بمنع النقصان فان اشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فعرفنا أنه لمنع الزيادة اذ لو منع الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة وفي حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد به خيار الزوية أو خيار العيب وأنه أجاز الزوية بعد الشهرين



قال (ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن) اذا اشترى على انه ان لم ينقد الثمن فلا بيع  
أو قال على انه ان لم ينقد الثمن أياما فلا بيع وهما فاسدان أو قال على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما وهو جائز عند علماءنا الثلاثة  
والقياس وهو قول زفر أن لا يجوز لما انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم النقد واشتراط اقالة في البيع مشمل أن يقول  
بذلك هذا بشرط أن تقبل البيع مفسدا لكونه على خلاف العقد فاشترط فاسدا أولى أن يفسد واستحسن العلماء جوزه ووجهه ان هذا  
في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة اذا الحاجة مست الى الانقضاء عند عدم النقد تحزر راعى المعاطلة في الفسخ وإذا كان في معناه كان ملحقا به  
ورد باننا لا نسلم انه في معناه لان هناك (٥٠٢) لو سكت حتى مضت المدة تم العقد وههنا لو سكت حتى مضت المدة بطل العقد وأوجب

(ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز والى أربعة أيام لا يجوز وعند أبي حنيفة  
وأبي يوسف وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر فان نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا) والاصل فيه ان  
هذا في معنى اشتراط الخيار اذا الحاجة مست الى الانقضاء عند عدم النقد تحزر راعى المعاطلة في الفسخ فيكون  
ملحقا به

العبد أو مات العبد أو المشتري أو أحدث به ما وجب لزوم البيع ينقلب جائزا في قول أبي حنيفة ولا يزمه  
الثلث (قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز) والمنفعة بهذا الشرط هنا  
هو البائع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البائع الى ثلاثة أيام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ولو يصير  
تخييارا للشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينقد عتقه ولو  
اعتقه البائع نفذ (والى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) فان نقد الثمن قبل مضى الثلاثة تم  
البيع وان لم ينقد فيه فاسد البيع ولا ينقص نص عليه ظهير الدين وقال لا بد من حفظ هذه المسئلة حتى لو  
اعتقه المشتري وهو في يده عتق لان كان في يد البائع (وقال محمد يجوز الى أربعة أيام أو أكثر) على قياس  
قوله في شرط الخيار (فان دفع الثمن في الثلاثة جاز في قولهم جميعا والاصل فيه) أى في صحة هذا البيع الى  
ثلاثة أيام في الثمن (ان هذا في معنى اشتراط الخيار فيلحق به دلاله لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى  
التساوي) وفهم المحقق بفهم الاصل مع فهم اللغة وكل من علم صحة اشتراط الخيار للثمن في  
ثلاثة أيام لكل من المتبايعين تبادرا اليه أن شرعيته للثمن في المدة قبل دفع الثمن وذلك ينبرم بينهما بلا دلائل  
لدفن الغبن في الثمن للمعاطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة قبل دفع الثمن وذلك ينبرم بينهما بلا دلائل  
لان المعبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه من فهم اللغة لا أنك سمعت أنه لا ينفسخ بتمامها بل  
(قوله والاصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار) في المقصود لانه يكون ثمنا مخيرا في الايام الثلاثة بين الفسخ  
والامضاء وشرط الخيار جواز لهذا المقصود وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود غير أنه جعل ترك النقد  
أمانة الفسخ والنقد أمانة الامضاء كانه قال ان شئت أجزت العقد فانقد الثمن الى ثلاثة أيام وان شئت أنقصه  
فلا أنقد وفي الحاجة اذا كمل محتاج ثمة الى الثمن في البيع هل يوافقه أم لا يحتاج دهنه الى التامل في الثمن هل  
يصير نقودا أم لا فان قبل لو سكت ثم حتى مضت المدة تم البيع وههنا لو سكت حتى مضت المدة ينفسخ البيع فلا  
يكون في معناه قلنا الحاجة ماسة الى انقضاء العقد متى لم ينقد الثمن ليدفع غبن عدم النقد فكان ملحقا به  
من حيث الحاجة الى دفع الغبن

بان النظر في الالحاق انما  
هو الى المعنى المناط للحكم  
وهي الحاجة وهي موجودة  
فيها وأما الزائد على ذلك فلا  
معتبر به وقد قررناه في  
التقرير فان قيل الحاجة  
تندفع باشتراط الخيار  
لنفسه ثلاثة أيام فانه ان لم  
ينقد الثمن انفسخ العقد  
حتى يجوز البيع قياسا  
وامتصاصا من غير خلاف فيه  
أوجب بان من له الخيار  
لا يقدر على الفسخ في قول  
أبي حنيفة ومحمد لا يحضرة  
الآخر وعسى يتعذر ذلك  
فكانت الحاجة باقية وأما  
اذا زاد على ثلاثة أيام فقد  
اختلفوا فيه لم يجوز أبو  
حنيفة وأبو يوسف وجوزه  
محمد

قال المصنف (ولو اشترى على  
انه ان لم ينقد الثمن الى  
ثلاثة أيام الخ) أقول قال  
الامام القاضي ظهير الدين  
ههنا مسئلة لا بد من حفظها  
وهي انه اذا لم ينقد الثمن

الى ثلاثة أيام يفسد البيع ولا ينفسخ حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده نعتقه وان كان في يد البائع لا ينقد  
وعلى هذا اذا اشترى عبدا ونقد الثمن على أن البائع ان رده الثمن فلا بيع بينهما جاز بالبيع بهذا الشرط بمنزلة شرط الخيار حتى اذا قبض المشتري  
يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينقد ولو اعتقه البائع ينفذ اه ولا يخفى عليك مخالفة هذا المنقول لاشارة قول المصنف اذا  
الحاجة مست الى الانقضاء عند عدم النقد ولتصريح الشارحين أنه ينفسخ العقد عند عدم النقد الآن ثبت في المسئلة روايتان (قوله فان قبل  
الحاجة تندفع الى قوله يجوز البيع قياسا واستحسانا من غير خلاف فيه) أقول فيه بحث لان شرط الخيار مخالف للقياس لكن المراد قياس زفر  
(قوله أوجب بان من له الخيار في قوله لا يحضرة الاخراج) أقول فيه بحث فانه ذكر ظهير الدين انه لا ينفسخ بعض المدة بل يفسد العقد نقل  
عنه في النهاية وغيره

أما أبو حنيفة فقد مر على أصله في المحقق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد مر على أصله في تجويز زيادة في المحقق به وأبو يوسف احتج  
إلى الفرق بين المحقق والمحقق به في جواز الزيادة في الثاني دون الأول وجه ذلك ما قال المصنف وأبو يوسف أخذ في الأصل الآخر في هذا بالقياس  
وتفسيره على وجهين أحدهما أن المراد بالأصل شرط الخيار وبقوله في هذا قوله وإن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام والمراد بالآخر ما روى عن ابن  
عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ومعناه تركنا القياس في المحقق به وهو شرط الخيار بآخرين عمر وعملنا بالقياس في المحقق وهو التعليق بنقد الثمن  
لعدم النص فيه والثاني أن يكون معناه أخذ أبو يوسف في الأصل أي في ثلاثة أيام بآخرين عمر وهو ما روى أن عبد الله بن عمر باع ناقته من  
رجل بشرط أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما (وفي هذا) (٥٠٣) أي في الزائد على الثلاثة أيام (بالقياس) وهو

يقضي عدم الجواز كما  
قوله (وفي هذه المسئلة قياس  
آخر) تقدم معنا قال  
(وخيار البائع يمنع خروج  
المبيع عن ملكه) قد تقدم  
أن خيار الشرط قد يكون  
لأحد المتعاقدين وقد يكون  
لهما جعاً فإذا كان للبائع  
فالمبيع لا يخرج عن ملكه  
بالاتفاق والتمن يخرج عن  
ملك المشتري بالاتفاق  
وإذا كان للمشتري فالمبيع  
يخرج عن ملك البائع  
وإن لم يخرج عن ملكه  
فإذا كان له - فلا يخرج  
شيء من المبيع والتمن عن  
ملك البائع والمشتري  
بالاتفاق فإذا خرج المبيع  
عن ملك البائع والتمن عن  
ملك المشتري هل يدخل في  
ملك المشتري والبائع فيه  
خلاف قال أبو حنيفة لا يدخل  
وقلا يدخل أما دليل عدم  
خروج المبيع عن ملك  
البائع في الصورة الأولى فلما  
ذكره من قوله (لأن تمام  
هذا السبب) أي العلة

وقدم أبو حنيفة على أصله في المحقق به ونفي الزيادة على الثلاث وكذلك محمد في تجويز زيادة وأبو يوسف أخذ  
في الأصل الآخر في هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر إليه لرفر وهو أنه يبيع شرط فيه إقالة  
فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط انعقاد أولى وجه الاستحسان ما بيننا  
قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام هذا السبب بالمرضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا  
رجع فاسداً (وقدم أبو حنيفة رضي الله عنه على أصله في المحقق به) وهو أنه لا نزيد على الثلاثة فكذلك في  
المحقق وكذلك محمد حيث جعله جائزاً لا يقيده بحد وأبو يوسف فرق فأخذ في الأصل الآخر يعني أن من عرف  
جواز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام وأخذ في هذه المسئلة بالقياس أي في نفي الزائد على الثلاثة وأما في  
الثلاثة فيجذب ابن البراءة على ما سئل كرهه في خيار التعيين هذا ما ذكره عن أبي يوسف هنا وقد روى  
عنه أنه رجع إلى قول محمد وإياه الحسن بن أبي مالك عنه وفي شرح المجمع الأصح أنه مع أبي حنيفة وكثير  
من المشايخ يرجعوا إلى قوله بالاضطرار (وفي هذه المسئلة قياس آخر) يقتضي أن  
لا يجوز هذا المبيع أصلاً (وهو أنه يبيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط) وهو عدم دفع الثمن  
في الثلاثة الأيام والإقالة لا تتعلق بالشرط لأن فيها معنى التملك حتى جعلت بيعاً جديداً في حق ثالث وهو  
لو شرط الإقالة الصحيحة وهي التي لم تعلق بالشرط بأن قال بعثك على أن أقبلك وتقبلها أو قال اشتريت  
منك على أن تقبلني لا يصح لأنه شرط لا يقتضيه العقد (فاشتراط الفاسدة أولى) وبهذا القياس قال  
زفر ومالك والشافعي وأحمد فكلهم منعوا صحة المبيع والوجه عليهم ما قدمناه من الإلحاق بالدلالة  
بالقياس وهو المراد بقول المصنف وجه الاستحسان ما بيننا (قوله وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن  
ملكه لأن تمام هذا السبب) الذي هو المبيع (بالمرضاة) لما عرفت من قوله تعالى الآن تكون  
تجارة عن تراض منكم (ولا يتم) الرضا (مع الخيار) لأنه يشترط عدم الرضا والملك فليتم السبب في

(قوله وأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل) أي في شرط الخيار بالآخر وهو ما روى أن ابن عمر رضي الله  
عنهما أجاز الخيار إلى شهرين وفي هذا أي في الزائد على ثلاثة أيام في خيار النقد بالقياس لأن القياس في شرط  
الخيار ما قاله أبو حنيفة رحمه الله وانما تركناه بآخرين عمر رضي الله عنهما ولا أثر ههنا فبقي على أصل القياس  
(قوله يبيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها) أي لتعلق الإقالة بالشرط وهو عدم النقد واشتراط الصحيح منها  
فيه مفسد بأن قال بعثك هذا العين على أن تقبله لم يصح وهذه إقالة صحيحة لأنها غير معلقة وذكر في الفوائد  
الظهيرية ثم إنه إن لم ينقد الثمن إلى انقضاء ثلاثة أيام يفسد المبيع ولا يفسد حتى لو أعتقه المشتري وهو في  
يده ينقذه عتقه وإن كان في يد البائع لا ينقذ ثم لو كان مثل هذا الشرط للبائع أنه اشترى عبداً ونقد الثمن  
على أن البائع أن يرد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يبيع بينهما جاز المبيع بهذا الشرط ويصير المبيع بمنزلة المبيع

(بالمرضاة) لكون الرضا دخلاً في حقيقة الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار لأن البيع به يصير علة اسماء ومعنى لاحقاً لنسب ابتدائه الحكم وهو  
الملك فيبقى على ملك صاحبه (ولهذا)

(قوله وقوله وفي هذه المسئلة قياس آخر تقدم معناه) أقول يعني تقدم في هذا القول نصف ورقة تخميناً وهو قوله والقياس وهو قول زفر أنه  
لا يجوز لأن بيع الخ (قوله لكون الرضا دخلاً في حقيقة الشرعية ولا تتم المرضاة بالخيار) أقول فيه بحث فإن بيع المكره يبيع يرتب عليه  
أحكامه ولا رضاه (قوله لأن البيع به يصير علة اسماء) أقول تأمل في صحة هذا التعليق

ينفذ عتقه) ولا علك المشتري التصرف فيه (٥٠٤) وان قبضه باذن البائع فان قبضه المشتري فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة ان لم

ينفذ عتقه ولا علك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع (ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا تقايدون المحل فبقى مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق قال (ونحو المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) لان البيع في جانب الآخر لازم

حق البائع لانه لا يعمل الامع وجود الشرط وهو الرضا فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلماذا جاز تصرفه فيه فنفذ عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع لبقاء ملك البائع فيه بلا اختلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه لاتحاد نسبته الى كل من له الخيار وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشتري (ولو قبض المشتري المبيع) وكان الخيار للبائع (فهلك في يده) في مدة الخيار (ضمنه بالقيمة) لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا في حق المبيع ولا يمكن نفاذه بالهلاك لانه (لا تقايدون المحل فبقى في يد المشتري) (مقبوضا) لاعتلى وجه الامانة المحضة كالوديعة والاعارة كما نقل عن ابن أبي ليلى رحمه الله انه لم يضمنه لانه ما رضى البائع بقبضه الا على جهة العقد فاقبل ما فيه ان يكون كالمقبوض (على سوم الشراء وفي) المقبوض على سوم الشراء القيمة اذ هلك وهو قبيح والمثل في المشتري اذا كان القبض بعد تسمية الثمن أما اذا لم يسم غن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما ذكره الفقيه أبو الليث في العيون في رجل أخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيت اشترى بته فضاغ في يده لم يلزمه شيء وان قال ان رضيت اشترى بته بعشرة كان ضامنا للقيمة وبثبوت الضمان بالقيمة على المشتري في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قاس قول أجمد لانه قال يخرج المبيع عن ملك البائع بثبوت خياره لان السبب قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار بثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك لخيار العيب قلنا قولك تم البيع بالايجاب والقبول ان أردت في حق حكمه منعناه وأنت صورته فسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجب شرط عمله وهو تمام الرضا على ما ذكرنا وتقييد المصنف الهالك بكونه في مدة الخيار يخرج ما اذا هلك بعدها وانه حينئذ يضمن بالثمن لانه هلك بعدما انبرم البيع لعدم فسخ البائع في المدة (ولو هلك) المبيع (في يد البائع) والحال أن الخيار له لا إشكال في أنه ينفسخ (ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) عن شرط الخيار فان فيه اذ هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاجراء الفاسد لان الحال في البيع الفاسد كذلك أعني الانفساخ بهلاك المبيع في يد البائع بل لان الاعتبار بالاصالة والغاسد يأخذ حكمه منه (قوله وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع) وقوله (لان البيع) الى آخره تعليل لمحذوف وهو قولنا فيخرج بشرط الخيار للبائع حتى اذا قبض المشتري المبيع بكون مضمونا عليه بالقيمة ولو أعتقه المشتري لا ينفذ ولو أعتقه البائع ينفذ (قوله ولو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة) وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا شيء عليه لانه أمين فيه حيث قبضه باذن صاحبه وانا نقول البائع ما رضى بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الضمان الاصيل انشأ بالعقد والقيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجب حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الاصيل وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري على ما يجيء (قوله وفيه القيمة) أي في المقبوض على سوم الشراء القيمة اذا لم يكن مثليا فان كان مثليا فله المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب بهذا الثوب فان رضيت اشترى بته فذهب به فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيت اشترى بته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته وعليه الفتوى (قوله اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق) أي بالبيع الصحيح

يكن مثليا خلافا لابن أبي ليلى هو يقول قبض ملك البائع باذنه فكان أمانة في يده ونحن نقول البيع ينفسخ بالهلاك وانفسخ به مضمون بالقيمة وذلك لان المعقود عليه بالهلاك صار الى حالة لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها فلا تحقق الاجازة وهو معنى قوله (لانه كان موقوفا) ولا تقايدون المحل وقد فات بالهلاك وأما ان المنفسخ به مضمون بالقيمة فلانه مقبوض بجهة العقد وذلك مضمون بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وتحقيقه أن الضمان الاصيل الثابت بالعقد في القيمات هو القيمة وانما يتحول منها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الاصيل في مدة الخيار وأما اذا هلك بعدها فلزمه الثمن لانه القيمة لبطلان الخيار اذ ذلك يتم الرضا ولو هلك المبيع في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري كالمقبوض على البيع صحيحا مطلقا عن الخيار قبل وانما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك جلال الحال المسلمين على اصلاح وأما دليل خروجه عن ملكه اذا كان الخيار للمشتري فهو أن البيع لازم من جانبه وتحقيقه ان الخيار انما يمنع خروج البدل عن المثل من له الخيار لانه لا شرع نظر له دون الآخر وأما ان البدل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك وهذا

عن المثل من له الخيار لانه لا شرع نظر له دون الآخر وأما ان البدل اذا خرج عن ملك من ليس له الخيار لا يدخل في ملك من له ذلك وهذا

(قوله قبل الى قوله لجال المسلمين على اصلاح) أقول ولا تبه بعلم منه حاله بالولاية

عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه  
لما يخرج ماله عن ملكه  
لودخل لزم اجتماع البدلين  
في ملك رجل واحد حكما  
للمعاوضة ولا أصل له في  
الشرع لان المعاوضة  
تقتضي المساواة وفوقض  
بالمدير فان غاصبها ذاهن  
لصاحبها ملك البدل ولم  
يخرج المدير عن ملكه  
فكان البدلان مجتمعين  
في ملك واحد وأجيب بان  
قوله (حكما للمعاوضة يدفع  
النقص فان ضمان المدير  
ضمان جناية وليس كالمنا  
فيه ويدخل عندهما  
لانه لما خرج عن ملكه فلم  
يدخل في ملك الآخر  
يكون رائلا الى الملك يعني  
سائبة ولا عهد لنا به في  
الشرع وفوقض بما اذا  
اشترى متولى الكعبة عبدا  
لسدانة الكعبة يخرج  
العبد عن ملك البائع ولا  
يدخل في ملك المشتري  
وأجيب بان كالمنا في  
التجارة وما ذكرتم ليس  
منها بل هو ملحق بتوابع  
الادواق وحكم الادواق قد  
تقدم ورج قول أبي حنيفة  
بان شرعية الخيار نظرا  
للمشتري ليرى فيقف  
على المصلحة فلو دخل في  
ملكه ربما يكون عليه  
لاله بان كان البيع قريبه  
فيعلق عليه من غير اختياره  
فعدا على موضوعه بالنقض

وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظر له دون الآخر قال الا ان المشتري  
لا يملكه عند أبي حنيفة وقال يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون رائلا الى  
مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولا يحنيفة انه لما يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه  
لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة  
ولان الخيار شرع نظر للمشتري ليرى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك بما يعتق عليه من غير اختياره بان  
كان قريبه فيقفون النظر قال

المبيع عن ملك البائع لان البيع في جانبه لازم بان فقدتم السبب في حقه وانتهى ما يمنع من عله اذ كان  
خيار المشتري لا يمنع فيخرج (وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البديل) الذي هو من جهة (من له الخيار)  
لما ذكرنا انه لو جب عدم الرضا بخروج ملكه عنه فلا يؤثر السبب خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على  
ملكه كما كان وقوله (الا ان المشتري لا يملكه) بمعنى لكن وهو استدلال لمرتباده عند قوله بخروج  
المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشتري وهو المقدر الذي ذكرناه فانه يتبادر بحكم العادة انه اذا  
خرج المبيع عن ملك البائع يدخل في ملك المشتري وهذا (عند أبي حنيفة وقال يملكه) المشتري وبه قال  
مالك وأحمد والشافعي في قول (لانه لما خرج عن ملك البائع لم يدخل في ملك المشتري يكون رائلا الى  
ملك) (مالك ولا عهد لنا به في الشرع) في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسائبة فلا يرده شراء متولى  
أمر الكعبة اذ اشترى عبد السدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها هذا اضعف أحدهم فاشترى ببذله  
آخر فانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم الاوقاف ذلك وكذا  
لاترد التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة ولا الغرما للعقد المذكور  
(ولا يحنيفة رضي الله عنه انه لما يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في ملكه اجتماع البدلان)  
الثمن والمبيع (في ملك) أحد المتعاضين (حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع) وأنى يكون (المعاوضة  
تقتضي المساواة) بين المتعاضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدير اذا بق من عنده سواء قلنا  
انه بدل اليد أو الملك حيث لا يخرج المدير به عن ملكه فليجتمع العوضان في ملك واحد فانه ضمان جناية  
لا ضمان معاوضة شرعية وهذا ألزم في الشرع مما ذكرناه فان المشتري للسدانة والوقف كائن في المعاوضة  
وهو يخرج ولا يدخل في ملك أحد (ولان خيار المشتري شرع نظر له ليرى فيقف على المصلحة) في رأيه  
(ولو أثبتنا الملك له) بمجرد البيع مع خياره ألحقناه نقض مقصوده (اذ ربما) كان المبيع من (يعتق عليه)  
فيعلق (من غير اختياره) فيعود شرع الخيار على موضوعه بالنقض اذا كان مغو لا ينظر وذلك لا يجوز وقد  
أورد على هذا لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لان استحقاقها بالملك ولذا لا تثبت بحق السكنى  
ليكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق الاجماع أجيب بانه انما يستحقها لانه صار أحق بها تصرفا  
لاله ملكها كالعبد المأذون يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بهذا المعنى وحاصل هذا منع قصر استحقاق  
الشفعة على حقيقة الملك بل هو أعم في معناه وهذا تكاف لا يحتاج اليه وستأتي المسئلة معاملة بانبرام البيع في  
ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحها وما في الاجناس لو بيعت دار بجوارها فخذها بالشفعة لا يبطل خيار  
المطلق عن الخيار اذا هلك المبيع في يد البائع ينفسخ البيع فان قيل ما فائدة قسده بالصحيح مع أن الحكم في  
الغاسد كذلك قلنا اجزاء لتصرفات المسلمين على ما هو الالبق بحالهم من التصرفات الصحيحة بدون الغاسدة  
(قوله ولا عهد لنا به في الشرع) أي غير معهود في شرعنا أن يكون الشيء مملوكا ولا مالا له فان قيل متولى  
الوقف اذا اشترى عبد الخدم الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري قلنا غير معهود في  
الشرع أي في باب التجارة وما ذكره من النقض ملحق بتوابع الاوقاف من المنقولات والحكم في الاوقاف  
كذلك ولانه مبق على حكم ملك الاوقاف ولهذا يكون الثواب له (قوله حكما للمعاوضة) احترزه عن



(قوله فان هلك في يده) أي ان هلك (٥٠٦) المبيع في يد المشتري فيما اذا كان الخيار له هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف

ما اذا كان الخيار للبائع كما تقدم آتفاو مراده عيب لا يرتفع كان قطع يده وأما ما جاز أو ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال في الايام الثلاثة له أن يفسخ بعد الارتفاع وأما اذا مضت والعيب قائم لم يعقد له عذر الردو تبين بما ذكرنا هلك المبيع وتعيبه بوجوب القيمة على المشتري اذا كان الخيار للبائع وبوجوب الثمن اذا كان للمشتري فالحناج الى التصريح ببيان الفرق ووجهه أن المبيع اذا تعيب في يد المشتري والخيار له تعذر الرد كما قبض وكذلك اذا هلك والهالك لا يعبر عن مقدمة عيب فهلك والعقد قد لزم وتم فيلزم الثمن المسمى وأما اذا كان الخيار للبائع فلم يمنع الرد على المشتري بدخول العيب لان الخيار للبائع لاله فهلك والمبيع موقوف فتلزم القيمة قال (ومن اشترى امرأته) هذه مسائل ترتب على الاصل المتقدم ذكره وهو أن الخيار اذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عنده وعندهما يدخل فعلى هذا اذا اشترى امرأته (على أنه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لانه لم يملكها وان وطئها

(فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب بمنع الرد والهالك لا يعبر عن مقدمة عيب فهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا تمنع الرد حكما بخيار البائع فهلك والعقد موقوف قال (ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام يفسد النكاح) لانه لم يملكها الماله من الخيار (وان وطئها

الرؤية ذله أن يردها اذا رآها وبطل خيار الشرط (فان هلك) المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار (هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب) لا يرجع زواله كان قطع يده ولو بغير صفة فانه يلزمه الثمن وبمنع الرد بخلاف ما لو كان يرجع زواله في المدة بان مرض فان المشتري على خياره لكن ليس له أن يرده مريضاً بل حتى يبرأ في المدة فان مضت المدة ولم يبرأ لم يلزم المبيع فيعبر عن أبي يوسف بطل خيار المشتري في كل عيب باى وجهه كان الا في خصله وهى ان النقض اذا حصل في يد المشتري بفعل البائع لا يبطل خياره بل ان شاء رده وان شاء أجاز المبيع وأخذ الارض من البائع وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع) متصل بقوله هلك بالثمن يعنى الفرق بين ما اذا كان الخيار للبائع فهلك المبيع في يد المشتري فانه يملك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري فانه يملك بالثمن هو ان الهالك لا يخلو عن مقدمة عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كائنا ما كان فاذا اتصل به الهالك لم توجد له مجوزة للرد فيه لكان قد انبرم العقد وانبرم العقد بوجوب الثمن لالتمية (بخلاف ما تقدم) من كون الخيار للبائع فان تعيب المبيع لا يمنع الرد حكما لخيار البائع (فهلك والعقد موقوف) فيبطل العقد فلا يضمن الثمن بل القيمة (قوله ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح) عند أبي حنيفة لانه لم يملكها الماله من الخيار (والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فلور المبيع استمرت زوجته عنده وعندهما اذا فسخه رجعت الى مولاه بالانكاح عليها (وان وطئها) بعد

الضمان في غصب المدبر فان المدبر المقتضوب اذا أبى من يد الغاصب يجب الضمان على الغاصب ولا يخرج المدبر عن ملك المولى فقد اجتمع البدلان وهو المدبر وبدله وهو الضمان في ملك المولى قلنا ذلك ضمان جنائية لا ضمان معاوضة وكلامنا في الذي يقبل الانتقال بحكم المعاوضة حتى يصح البيع فيجب أن لا يجتمع البدلان في ملك واحد بحكم المعاوضة وفي الفوائد الظهيرية ما قاله أبو حنيفة رحمه الله من كون الشيء مملوكا ولا مالكا له مشروع في الجلة كفى العبد المشتري لخدمة الكعبة وما قاله من اجتماع البدلين في ملك رجل واحد غير مشروع أصلا فكان التعويل على ما قاله أبو حنيفة رحمه الله وذكر الامام الترمذى رحمه الله ويحوز أن يخرج الشيء عن ملك انسان ولا يدخل في ملك غيره كائنا كة المستغرق من الدين بزل عن ملك الميت ولا يدخل في ملك الورثة لكن في قوله بزل عن ملك الميت منع اذا التزكتة ممة في حكم ملك الميت فيما هو من حوائج وقضاء الدين منها فلا بزل ملكه (قوله وكذا اذا دخله عيب) أى يلزم العقد ويجب الثمن هـ اذا كان عيبا لا يرتفع كما اذا قطع يده وأما اذا كان عيبا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال المرض في الايام الثلاثة ما مضت الثلاثة والعيب قائم لم يلزمه العقد له عذر الرد كذا في الايضاح (قوله ووجه الفرق أنه اذا دخله عيب) أى اذا كان المبيع في يد المشتري والخيار للمشتري فدخله عيب بمنع الرد ويبطل الخيار لما ذكرنا أنه تعذر عليه الرد كما قبض سليم من العيب وكذلك في الهلاك لانه لما أشرف على الهلاك سقط خياره لعجزه عن رده كما قبضه فتم المبيع وهو قائم فلزم الثمن المسمى وكذا ان تعيب بفساده أو بفعل أجنبي أو بآفة مما يورثه أو بفعل المبيع لانه يحجز عن رده كما قبض باى وجه تعيب عنده فسقط خياره بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه وان أشرف على الهلاك لخيار البائع لم يسقط لانه لم يحجز عن التصرف بحكم الخيار لانه لو رضى به يتمكن من الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فيفسخ العقد ضرورة اذ لو لم يبيع فيه للزم بدهوته وذا لا يجوز لعدم المحل فكان مضمونا بالقيمة فيقبض على سوم الشراء (قوله ومن اشترى امرأته) فسد بشراء امرأته لان المشتراة اذا لم تكن امرأته لا تفصيل فيه بين كونها بكرا أو ثيبا في أنه يكون مختارا للمبيع بالوطء بالاجماع سواء نقصها الوطء أو لم ينقصها (قوله وان وطئها

قال المصنف (والعقد قد انبرم) أقول انبرم معاوان قولهم أبرمت الامر بما اذا أحكمته

له أن يردّها لان الوطء لم يكن بملك اليمين حتى يسقط الخيار الا اذا كانت بكر اذ ليس له (٥٠٧) أن تردّها لان الوطء ينقصها وهذا يشير

الى ان قوله وان طئها له ان  
يردّها) معناه اذ لم ينقصها  
الوطء فأما اذا نقصها فلا يردّها  
وان كانت ثيبا اليه أشير في  
شرح الطحاوي وعندهما  
يفسد النكاح وان وطئها  
لم يردّها وان كانت ثيبا لانه  
ملكها ووطئها بملك اليمين  
ولهذه المسئلة تطار في كونها  
مرتبة على الأصل المتقدم منها  
عق المشتري على المشتري في  
مدة الخيار اذا كان قريبا  
للمشتري لا يعتق عليه عنده  
خلافًا لهم او منها ما اذا قال  
ان ملكت عبدا فهو حر  
فاشترى بالخيار لا يعتق عنده  
خلافًا لهما بخلاف ما اذا  
قال ان اشتريت لانه يصير  
كالنشيء للعق بعد الشراء  
لان المعلق بالشرط كالرسل  
عنده ولو أنشأ العتق بعد  
شراؤه بالخيار عتق وسقط  
الخيار كذا هذا فان قيل لو  
كان كالنشيء وجب أن  
ينوب عن الكفارة اذا اشترى  
المخوف عليه بعتة ناو باعن  
الكفارة أجب بأنه جعل  
كالنشيء تبعًا لقوله فهو  
حر فلا يتعدى الى الوقوع  
عن الكفارة بعد استحقاقه  
الحرية وقت اليمين لانه  
كالمدر في الاستحقاق وفيه  
يعمل الانشاء للعق لا عن  
الكفارة كذا هذا ومنها  
ان المشتراة اذا حاضت بعد  
القبض في مدة الخيار حضة  
أو بعضها فاختارها لا يجزئ  
بتلك الحضة من الاستبراء  
عنده خلافًا لهم او يردّها

له أن يردّها) لان الوطء يحكم النكاح (الا اذا كانت بكرًا) لان الوطء ينقصها وهذا عند أبي حنيفة (وقالا  
يفسد النكاح) لانه ملكها (وان وطئها لم يردّها) لان وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه  
المسئلة أنحوأت كلها تنبني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري  
اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا  
قال ان اشتريت فهو حر لانه يصير كالنشيء للعق بعد الشراء فيسقط الخيار

الشراء (له أن يردّها) بالخيار لان الوطء لا يلزم هنا أن يكون اجازة لان في النكاح ملكا فائتمامه له الوطء  
فلم يلزم كون وطئها اجازة (الا اذا كانت بكرًا لان الوطء ينقص البكر) فيمتنع الرد للعب الذي حدث عنده ومن  
هذا يعرف أنه لو نقصه الوطء وهي ثيب يمتنع الرد عنده أيضا لان النقص الذي دخلها لا الذات الوطء فان قيل لما  
زوجها مولاها الذي باعها فقد رضى بالنقصان بزوال البكر فوجبت له الخيار فقد رضى بالرد فكيف يكون  
راضيا بردّها ما قصة أجب بمتنع بقاء الرضا بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضا الى الرضا بما هي أحكام  
هذا البيع وأحكام هذا البيع ما ذكرناه (وقالا يفسد النكاح لانه ملكها فان وطئها لا يردّها) ولو كانت ثيبا  
لان الوطء بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضا بالبيع وهذا المسئلة من فروع  
الخلاف في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه (ولها أنحوأت) ذكرها المصنف تغريفا  
على الخلاف في ذلك (منها عتق) العبد (المشتري على المشتري) بشرط الخيار (في مدة الخيار اذا كان قريبا  
قربة بحرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه) ومنها أن من قال ان ملكت عبدا  
فهو حر) فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند أبي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجب الشرط  
وعندهما وجد فعق لانه ملكه أمالو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق  
بالاتفاق لوجود الشرط وهذا شراء فيكون كالنشيء للعق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا  
لا يعتق عن الكفارة اذا نوى الخالف بشرائه أن يعتق عن كفارة ومنه والاشترى جارية بعتة على أنه بالخيار  
لخافض في مدة الخيار أو وجد بعض الحضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجزئ بتلك الحضة لانها قبل الملك  
والموجود بعد الملك بعض الحضة فلا بد من حضة أخرى لحل الوطء وعندهما يجزئ بها لوجودها بعد الملك  
وينبغي أن يعقد بكون ذلك بعد القبض لان السبيل وجوب الاستبراء الملك والمالك المؤكد يكون بالقبض  
ولو اختار الفسخ فردّها الى البائع لا يحتاج البائع الى استبراءها عند أبي حنيفة سواء كان الفسخ قبل القبض  
أو بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان في القياس يجب وان كان الفسخ  
بعد القبض وجب على البائع استبراءها قياسا واستحسانا لا استبراء الملك بعد ملك المشتري الملك المؤكد  
بالقبض فيثبت توهم الشغل وأجروا أن العتق لو كان باتام فسخ باقائه أو غيرها ان كان قبل القبض  
فالقياس أن يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض فلا استبراء واجب  
قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبائع ففسخ في المدة فظواهر الرواية أنه لا يجب عليه استبراء لان المخرج عن  
ملكه وان اجازة فعلى المشتري استبراءها بحضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها اذا ولدت منكوحته بعد ما  
اشترى عليها في المدة لا تصير أم ولد له وتصير أم ولد له عندهما وقد قيد الشارحون كلام المصنف بان  
تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لانها تعبت  
بالولادة وتصير أم ولد بالاجماع وصور الطحاوي هذه الخلافة فيما اذا ولدت قبل الشراء قال اشترى جارية  
وقد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند أبي حنيفة لا تصير أم ولد له وخياره على حله الا اذا اختارها صارت أم ولد  
له وعندهما تصير أم ولد له بالشراء ويصل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقيده بكونه قبل القبض

له أن يردّها) أي وطئها وهي ثيب ولم ينقصها الوطء أمالو انقصها فليس له الرد وان كانت ثيبا (قوله بخلاف ما  
اذا قال ان اشتريت) حيث يعتق عندهم جميعا لانه كالنشيء للعق لان المعلق بالشرط كالرسل عند وجود  
الشرط فان قيل لو كان كالنشيء للعق لوقع عتق المخوف بعتة بالشراء عن الكفارة اذا اشترا ناو باعن الكفارة

على البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما اذا كان الرد قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء

ومنها ان حبض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده وعندهما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا اولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولده عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لا ارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده وعندهما من مال المشتري لحصة الابداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ما ذناله فابراه البائع من الثمن في المدة

أحسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشراء وما قبل القبض بعد الشراء (ومنها اذا قبض المشتري بشرط الخيار له) (المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع) عنده (لا ارتفاع القبض بالرد) لانه لم يملكه اذ ترفع القبض بالابداع لان البائع لا يصلح أن يكون مودعا لملك نفسه فلا يكون الابداع صححا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (وعندهما) يهلك (من مال المشتري لحصة الابداع باعتبار قيام ملكه) وقد يقال عدم صحة الابداع باعتبار أن المالك لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع أن المبيع يخرج عن ملك البائع بالاتفاق فلا يكون مودعا لملك نفسه فتصح ودعية المشتري لتحقيق ايداع غير المالك كالمضار بغيره وقد براد ملكه بحسب المال الا أنه ليس بلازم لجواز أن لا يؤول الى ملكه بأن يختار المشتري المبيع أمالو كان الخيار للبائع فسماه الى المشتري ثم ان المشتري أودعه في مدة الخيار البائع فهلك في يده قبل نفاذ البيع أو بعده يبطل البيع في قولهم جميعا ولو كان البيع بائنا فقبضه المشتري باذن البائع أو بغير اذنه وله فيه خيار رؤية أو عيب فاودعه البائع فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن انفاقا لان هذين الخيارين لا يمتنعان ثبوت الملك فصحة الابداع منه (ومنها لو كان المشتري) بالخيار (عبدا ما ذناله فابراه البائع من الثمن في المدة) يصح ابرأؤه استحسانا لا قياسا لان البائع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح ابرأؤه مما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجوب سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابرأؤه بالاتفاق

قلنا انما جعلناه كالنكح في تصحيح الجزاء أعني قوله فهو حر وليس من ضرورة جعله كالنكح في حق الجزاء جعله كالنكح في صحة نية الكفارة: ان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها (قوله ان حبض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده) وذ كر في شرح الطحاوي غاضت عنده بعد القبض في مدة الخيار أو حصل بعض الحيضة في مدة الخيار فاختار لصارت للمشتري ولا يجتزأ بذلك الحيضة من الاستبراء عند أبي حنيفة فوجه الله وعندهما يجتزأ بها (قوله لا يجب عليه الاستبراء عنده) سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما ان كان الرد بعد القبض يجب على البائع الاستبراء قياسا واستحسانا فاما قبل القبض فيجب الاستبراء قياسا ولا يجب استحسانا لان الملك وان ثبت لكنه لم يقرر وأجمعوا على أن العقد لو كان بائنا ثم فسخ العقد بينهما باقاه أو بغيرها ان كان قبل القبض القياس أن يجب على البائع الاستبراء وفي الاستحسان لا يجب وان كان بعده فلا استبراء واجب قياسا واستحسانا. (قوله ومنها اذا اولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولده) يريد به اذا اولدت في مدة الخيار وهي في يد البائع ولم يقبضها المشتري أما اذا كانت مقبوضة في يد المشتري وولدت عنده في مدة الخيار يسقط الخيار وينت الملك للمشتري وتصير أم ولده بالاتفاق لانها تعينت بالولادة ويدل عليه ما ذكر في المبسوط وان اشترى جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام فولدت عنده سقط خياره لانها تعينت بالولادة وذ كر الامام قاضيان رحمه الله ومهما اذا اشترى جارية وقد ولدت منه نكاح على أنه بالخيار ثلاثة أيام عند أبي حنيفة فوجه الله لا تصير أم ولده ولا يبطل خياره وعندهما تصير أم ولده ويبطل خياره (قوله فهلك في يده) أي في يد البائع في المدة أو بعده هلك على البائع ويبطل البيع (قوله فابراه البائع من الثمن) فان قيل اذا كان الخيار للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه بالاجماع فلا يملكه البائع ضرورة فكيف يصح ابرأؤه قلنا في القياس لا يبرأ وفي الاستحسان يبرأ وذ كر في شرح الطحاوي رحمه الله ثم ان البائع أبرأه من الثمن فالقياس أن لا يصح ابرأؤه لانه لا يملك الثمن وفي الاستحسان يصح ابرأؤه لانه حصل بعد

استحسانا والقياس أن يجب لتحديد الملك وان كان بعده يجب الاستبراء على البائع قياسا واستحسانا وأجمعوا في البيع البائن بفسخ باقاه أو بغيرها ان الاستبراء واجب على البائع اذا كان الفسخ قبل القبض قياسا وبعده قياسا واستحسانا ومنها اذا اولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولده عنده قال صاحب النهاية لابد من أحدتاو يلين اما ان يكون معناه اشترى منك وحتته وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري بشرط الخيار أو يكون اشترى الامه التي كانت منك وحتته وولدت منه ولدا قبل الشراء ثم اشترى اها بشرط الخيار لا تصير أم ولده في مدة الخيار عنده خلافا لهما وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفا لقوله لا تصير أم ولده لا لطرف الولادة وتغير كلامه اذا اولدت المشتراة بالنكاح لا تصير أم ولده في مدة الخيار وفيه تعقيد لفظي كما ترى قال صاحب النهاية وانما احتجنا الى أحد التأويلين لانا لو أحرينا على ظاهر اللفظ قلنا انه اذا (قوله لانا لو أحرينا على ظاهر اللفظ) أقول يعني الاطلاق

اشترى منك حقه بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق وبطل خيار الشرط لان الولادة عيب فلا يمكن ردها بعد ما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم أودعه عند البائع فهل في يد البائع في مدة الخيار أو بعد ها هلك على البائع لان القبض قد ارتفع بالرذال والوديع لم يصح لعدم ذلك المودع واذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وانه من مال البائع وعندهما المملوكة المشتري صحت الوديع وتصور هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ومنها ما لو كان المشتري عبدا ما ذواله فابراه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره لانه لم يملكه كان الرضا متناعا منه عن (٥٠٩) التملك ولما ذول له ولا يذول له وعندهما

بطل خياره لانه لم يملكه منه تخليكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا على انه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة وله ان يجيز فان أجاز بغير حاضرة صاحبه جاز بقي على خياره) في السلعة ان شاء أجاز البيع فأتخذها بالان والى وان شاء رده فبطلت السلعة للبائع عند أبي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون يملك أي يملك ذلك كله ان تمتنع عن قبول الهبة) وعندهما (لم يبرئ من الثمن والواقع ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا مملوكا بغير عوض والعبد المأذون ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الراد بغير المبيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يصور الابراء منه والجواب أن الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زال ملك المشغول ذمته عن مقدار له لا يبرئ أن المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخل على السبب بل على حكمه كما تقدم ووجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثمن ولا يقن انه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصل على ما عرف (ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا على أن المشتري بالخيار ثم أسلم) المشتري في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لانه لم يملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها ولا يملكه تملكها باسقاط الخيار) بعد الاسلام فتعين بطلان البيع أمالو كل الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما قرعه المصنف ومن الفروع أيضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عسيرا بالخيار ففخض في المدة ففسد البيع عنده لعجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما المعجزه عن رده بفسخه ومنها ما اذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام سكنها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيارا عندهما لانه يملك العين وعنده ليس باختيارا لانه بالاجارة أو الاعارة لم يملك شيئا ومنها حلال اشترى طيبيا بالخيار فقبضه ثم أحرم والظني في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وقال يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم البائع للمشتري أن يردده ومنها أن الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فازد ترده على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانما حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار) سواء كان باعنا أو مشتريا أو أجنبيا (له أن يجيز) في مدة الخيار بالاجماع الفقهاء (وله ان يفسخ فان أجاز بغير حاضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فاذا كان وجود سبب الملك وهو العقد (قوله والمأذون له يملك) أي له ولاية الامتناع عن التملك (قوله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا على أنه بالخيار ثم أسلم) وان كان العقد بشرط الخيار للبائع فاسلم البائع بطل البيع

بطل خياره لانه لم يملكه منه تخليكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا على انه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يملكها باسقاط الخيار بعده وهو مسلم قال (ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في المدة وله ان يجيز فان أجاز بغير حاضرة صاحبه جاز بقي على خياره) في السلعة ان شاء أجاز البيع فأتخذها بالان والى وان شاء رده فبطلت السلعة للبائع عند أبي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك شيء بلا عوض (والمأذون يملك أي يملك ذلك كله ان تمتنع عن قبول الهبة) وعندهما (لم يبرئ من الثمن والواقع ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا مملوكا بغير عوض والعبد المأذون ليس من أهل التبرعات فاذا امتنع الراد بغير المبيع بلا شيء واستشكل تصوير المسئلة بسبب أن الثمن لا يخرج عن ملك المشتري بشرط الخيار فكيف يصور الابراء منه والجواب أن الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من ضرورته زال ملك المشغول ذمته عن مقدار له لا يبرئ أن المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخل على السبب بل على حكمه كما تقدم ووجود البيع لا بد أن تشغل الذمة بالثمن ولا يقن انه يقارن وجوب أدائه بل الثابت أصل الوجوب وليس في أصل الوجوب طلب أصل على ما عرف (ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا على أن المشتري بالخيار ثم أسلم) المشتري في مدة الخيار (بطل خياره) عندهما (لانه لم يملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها ولا يملكه تملكها باسقاط الخيار) بعد الاسلام فتعين بطلان البيع أمالو كل الخيار للبائع وأسلم فبطلان البيع بالاجماع هذا آخر ما قرعه المصنف ومن الفروع أيضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عسيرا بالخيار ففخض في المدة ففسد البيع عنده لعجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما المعجزه عن رده بفسخه ومنها ما اذا اشترى دارا على أنه بالخيار وهو ساكنها باجارة أو اعارة فاستدام سكنها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيارا عندهما لانه يملك العين وعنده ليس باختيارا لانه بالاجارة أو الاعارة لم يملك شيئا ومنها حلال اشترى طيبيا بالخيار فقبضه ثم أحرم والظني في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البائع وقال يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم البائع للمشتري أن يردده ومنها أن الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فازد ترده على البائع عنده لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانما حدثت على ملكه (قوله ومن شرط له الخيار) سواء كان باعنا أو مشتريا أو أجنبيا (له أن يجيز) في مدة الخيار بالاجماع الفقهاء (وله ان يفسخ فان أجاز بغير حاضرة صاحبه) يريد بغير علمه (جاز) فاذا كان وجود سبب الملك وهو العقد (قوله والمأذون له يملك) أي له ولاية الامتناع عن التملك (قوله ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خيرا على أنه بالخيار ثم أسلم) وان كان العقد بشرط الخيار للبائع فاسلم البائع بطل البيع

شرط الخيار يصح منهم جميعا فاذا كان الخيار للبائع فالاجارة تحصل بثلاثة أشياء بان يقول أحزب ومجونه في مدة الخيار لانه لا يورث كمن سكره فيكون العقد بافاذا بان قضى مدة الخيار من غير فسخ واذا كان للمشتري فبذلك وبان يصير المبيع في يد المشتري الى حال التملك ففسخه على ثلاث لحاله كهلاك المعقود عليه وانتقاصه كما تقدم وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكما والثاني هو ما يكون بالفعل كان يتصرف البائع في مدة الخيار تصرف الملاك كما اذا أعتق المبيع أو باعها أو كانت جارية فوطئها أو قبلها وأن يكون الثمن عينا فتصرف المشتري فيه تصرف الملاك فبما اذا كان الخيار للمشتري فان العقد يفسخ سواء في ذلك حضور الآخر وعدمه لانه فسخ حكمي والشيء قد ثبت حكما وان كان يبطل قصدا

قال المصنف (لان الرضا متناع عن التملك) أقول الظاهر انه يقال عن التملك

الخيار للبائع فنفاذ البيع بأحد معان ثلاث بضمي مدة الخيار وموته وبانتمائه وجنونه في المدة فان  
أفاق فيها قال الاستيعابي الأصح أنه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البخج ولو اراد  
فعلى خياره اجاعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند أي حنيقة رحمه الله خلافا لهما  
والمعنى الثالث أن يحجز البيع كان يقول أحزت البيع ورضيته وأسقطت خيارى ونحو ذلك وإذا كان  
الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الأمور الثلاثة للبائع وبالفعل بان يتصرف في المبيع تصرف المالك  
في مدة الخيار بان يعتق أو يكتب أو يدبر أو يبيع المبيع أو يهبه أو يسلمه أو يرهنه أو يؤجره وان لم  
يسلمه على الأصح وكذا إذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك أن يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج  
إليه للاختصاص ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج إليه للاختصاص ويحل في غير الملك فهو على خياره  
فالوطء اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر إلى الفرج بشهوة لا غير شهوة لان ذلك يحل  
في غير الملك في الجملة فان الطيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الآن النظر إليه من حيث  
هو مس ولو أنكر الشهوة في هذه كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذلك اذا فعلت الجارية بذلك  
يسقط خياره في قول أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البتة اجازة للبيع لان شرط الخيار اختياره ولا يختار  
عليه ولا يبي حنيقة أن حرمة المصاهرة تثبت بهذه الأشياء فكأن ملحقه بالوطء فصارت هذه الأشياء من حيث  
هي ملحقه بالوطء في إيجاب الحرمة كالمضاف إلى الرجل وأما المباشرة فمكرها كان أو مطاوعا اختيارا أمعا عند  
أبي حنيفة فظاهروا أمعا عند محمد فلان الوطء تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري يمنع الرد فاما المباشرة  
اذا ابتدأ منها المشتري كارهة ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو واختيارا وانما يلزم سقوط الخيار في غير  
المباشرة اذا أقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف على إقراره بما يسقط خياره ولو دعا الجارية  
إلى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه يختص به والاستخدام نائب الاجازة الا اذا كان في نوع آخر  
وقد اختلف كلامه في الفتاوى الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع آخر قال المرة  
الثانية تبطل الخيار وأكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي فتاوى قاضيان اذا لبسه مرة واستخدم  
الخدم مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين وركوبها ليسقطها أو يرددها ويعلقها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون  
الركوب لا يكون اجازة وأطلق في فتاوى قاضيان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقطها أو يرددها على  
البائع لا يبطل خياره استحسانا فجعله الاستحسان ولو قطع حوافر الدابة أو أخذ بعض عرقها لا يبطل ولو نسخ  
من الكتاب لنفسه أو لغيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه أخذ أبو الليث وطلب الشفعة  
بالدار المشتراة رضاهما بخلاف خيار الرزية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء  
حدث بفعل البائع أو بفعله عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بفعل البائع لان البائع  
لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا أنه يلزم بجنيته أثبتنا له قدرة الزامه فتفتت فائدة شرط الخيار للمشتري  
بخلاف ما إذا كان من أجنبي فان لزومه لا من قبله وانما من البائع ما ينقص بفعل البائع في ضمان المشتري فيلزم  
العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذر على البائع حصته من الثمن في رد الباقي كان تغريضا  
للاصقة على البائع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الأجنبي واذا عرف هذا عرف أن المشتري يرجع  
على البائع بالارش ولو كان الخيار للبائع وحدث به عيب فهو على خياره لأن ما انتقص بفعله فهو غير  
مضمون على البائع وكذلك لو سقطت أطرافه لم يسقط شيء من الثمن لكنه بتخير المشتري ولو حدث بفعل البائع  
انتقص البيع لان ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن فلو تنقضا الخيار تفرقت الصقة على  
المشتري ولو بزغ الدابة فهو رضاه ولو حلب لبنها فهو رضاه عند أبي حنيفة ورواه أبو يوسف عنه وقال أبو يوسف  
لا يكون رضاه حتى يشربه أو يستهلكه ولو سقى حنثا في الأرض فيما اذا اشترى الأرض أو حصدا الزرع أو قصل  
لما ذكرنا أن المبيع لم يخرج عن ملكه والاسلام منع اخراجه عن ملكه بالعقد ولو سلم المشتري فلا يبطل  
العقد وخيار البائع على حاله لان العقد من جانب المشتري باق فان اختار البائع الفسخ عادت الخمر إليه وان

وأما الاول فهو ما يكون بالقول وهو أن يقول البائع أو المشتري فسخت فان كان ذلك (٥١١) بخضرة لا تخوأي بعلمه انفسخ

العقد بالاتفاق وان كان بغير  
علمه فلا يجوز عند أبي حنيفة  
ومحمد وجههما الله وقال أبو  
يوسف يجوز وهو قول  
الشافعي وجههما الله لا ي  
يوسف ان من له الخيار مسلط  
على فسخ العقد من جهة  
صاحبه وكل من هو كذلك  
لا يتوقف فعله على علم صاحبه  
كلاجازة وهو قياس منه  
لأحد شطري العقد على  
الأخر ووضع ذلك بعدم  
اشتراط الرضا وجعل ذلك  
كلو كيل بالبيع فان له أن  
يتصرف فيما وكل به وان  
كان الموكل غائبا لانه مسلط  
من جهته (ولهما ان  
الفسخ تصرف في حق الغير  
وهو العقد بالرفع و) هو  
(لا يعرى عن المضرة) أما اذا  
كان الخيار للبائع فالمشتري  
عساه يعتمد تمام البيع  
السابق فيتصرف فيه فيلزمه  
غرامة القيمة لهلاك المبيع  
وقد تكون القصة أكثر من  
الثنى ولا خفاء في كونه ضررا  
وأما اذا كان للمشتري  
فالبائع عسى يعتمد تمام فلا  
يطلب لسعته مشتريا وقد  
تكون المدة أيام رواج  
بيع المبيع وفي ذلك ضرر ولا  
يخفى والتصرف المشتمل على  
ضرر في حق الغير يتوقف  
على علمه لاحتالة كفى عزل  
الوكيل والقياس على الشطر  
الأخر فاسد لقيام الغارق  
وهو الإلزام

وان فسخ لم يجز إلا أن يكون الاستحواض عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز) وهو قول الشافعي  
والشرط هو العلم وإنما كنى بالخضرة عنه أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالأجازة  
ولهذا لا يشترط رضاه وصار كلو كيل بالبيع ولو ما نه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى عن  
المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة لهلاك فيما اذا كان الخيار  
للبائع أو لا يطلب لسعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل  
منه شيئا فيما اذا اشترى الزرع فهو رضاه ولو سقى دوابه من النهر أو شرب هو فليس برضا ولو طحن في الرحى فهو  
رضاه وقد ذكر فيه تفصيل وذلك في رضى الماء وايسر في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري  
الاحرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد أو أجزأه بئ أو مسطها بالشط والدهن أو لبسها فليس رضا  
(قوله وان فسخ) أى من له الخيار في المدة (بغير خضرة الاستحواض) أى بغير علمه (لم يجز) عند أبي حنيفة ومحمد  
وهو قول مالك (وإنما كنى بالخضرة عن العلم) حتى لو لم يبلغه الفسخ إلا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك  
الفسخ (وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي) وكذا الخلاف في خيار الرضى يتوقف الفسخ بالقول في المدة  
بان يقول فسخت أو رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذى الخلاف في  
جوازه بغير علم الاستحواض أو ما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وقال مقتضى النظر أن من قال ببيع الفسخ  
بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختياري لانه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ  
بخلاف الموت وفعل الامتدخول العيب بغير صنع والهلاك فان كان الخيار للبائع فهو أن يتصرف في المبيع  
أنصرف الملاك كالعقود والبيع والوطء جميع ما قدمنا أنه اجازة اذا صدر من المشتري من الأفعال فهو فسخ  
اذا صدر من البائع (له) أى لا ييوسف (أنه) أى الفاسخ منهما (مسلط على الفسخ من جهة صاحبه) يعنى  
الذى لا خيار له (فلا يتوقف) فسخته (على) كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل (ولهما أنه تصرف في  
حق الغير) وهو الذى لا خيار له (بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه) أى الغير الذى لا خيار له (عساه يعتمد على  
تمام البيع السابق) اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ (فيتصرف) المشتري (فيه) فيما اذا كان الخيار  
للبائع والواقع أنه فسخ فيلزمه غرامة القيمة لهلاك (وقد تكون القيمة أكثر من الثمن) ولا يطلب لسعته  
مشتريا) اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه (فما اذا كان الخيار  
للمشتري وهذا نوع ضرر) يجزى من قبل الانقراض الفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل فصد حال

اختار الاجازة صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكما كائنا كان الميراث (قوله وإنما كنى  
بالخضرة) عن العلم بطريق ذكر السبب واردة المسبب بالخضرة سبب العلم (قوله وصار كلو كيل بالبيع) فان  
للكيل أن يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل غائبا لانه مسلط من جهة الموكل فكذلك من له الخيار  
مسلط من جهة صاحبه (قوله ولا يعرى عن المضرة) فان قيل لم ينفر بد الفسخ يلزم الضرر أيضا وهو أن  
يخفى الذى ليس من جانبه الخيار شخصه حتى يضى مدة الخيار فلزمه العقد شاء أو أبى فيتضرر من له الخيار اذا  
أبى لزوم البيع قلنا انما زعم هذا الضرر من جانبه بقصره في أخذ الكفيل من صاحبه فكان ضررا مرضيا  
بخلاف ما نحن فيه وفي فتاوى قاضيان رحمه الله جل اشترى شيئا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فجاء المشتري في  
الثلاثة إلى باب البائع ليرد المبيع فاحتق منه وطالب المشتري من القاضى أن ينصب خصمه ساعن البائع ليرده  
عليه اختلفوا فيه قال بعضهم ينصب خصمه انظر للمشتري وقال محمد بن سلمة لا يجيبه القاضى الى ذلك ولا  
ينصب خصمه لان المشتري لما اشترى ولم يأخذ منه كفيل لمع احتمال تعبه فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له  
وان لم ينصب القاضى خصمه او طلب المشتري من القاضى الاعذار عن محمد رحمه الله فيه وابتان في رواية  
يجيبه القاضى الى ذلك فيبعث مناديا ينادى على باب البائع ان القاضى يقول ان خصمك فلا تأخر يد أن يرد  
المبيع عليك فان حضرته والا انقضت البيع فلا ينقض القاضى البيع من غير أعذار وفي رواية لا يجيبه

(قوله وهو قياس منه لأحد شطري العقد) أقول فيه تسامح اظهروا ان الفسخ ليس أحد شطري العقد

ولا تسلم انه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لان التسليط على الفسخ من لا يملكه غير متول ولا مشروع كالتسليم من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لان معنى الالتزام على العلم لا على الرضا وكونه لا يندم في البياعات لانه لا الزام فيها وعوض بان ما ذكرتم من الزام الضرر وان دل على اشتراط العلم ولكن عندنا ما ينبغي وهو انه لو لم ينفرد بالفسخ لربما اختفى من ليس له الخيار الى مضي المدة فيلزم البيع وفيه من الضرر ما لا يخفى وأجيب بانه ضرر مرضى به منه حيث ترك الاستباق باخذ الكفيل بخافته الغيبة واعلم ان مدار دليلهما الزام ضرر زائد غير مرضى به فاذا فات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضا فلا يرد ما قبل الطلاق والعراق والعفو عن القصاص يلزم منه في حق غير الفاعل الزام وهو (٥١٢) مسوغ لان ذلك من الاسقاط وما هو كذلك ليس فيه شيء من الالتزام كاسقاط الخلل عن

الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كي لا يتضرر بلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيل بالشراء وبطلان قوله وتصرفه اذا كان وكيل بالبيع ورعا يعمد المشتري منه النفاق في تشعب الفساد والحاصل قياسان تعارض اقباس أبي يوسف على تصرف الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم في قياسهما أمور طردية لا معنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير بالرفع فان هذا لا أثر له في نفى الصحة بل العلم بما أقر في نفى الصحة بلا إذن فان كونه حق الغير يمنع التصرف بلا إذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لا تسلم ان شرط الخيار تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لولم يكن مظنة أن يلحقه ضرر أما اذا كان الفسخ بغير علمه طريق ضرر يلحقه فلا فلنا فاستقام حينئذ ان المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وضح قولنا ان ما سواه لا أثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه وحينئذ فيقتصر النظر على اثبات الضرر ولا يخفى ان الضرر الذي ذكرناه يلحق المشتري اذا كان الخيار لهما في حين التعارض لان ضرر لزوم القيمة انما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا أكثرى بل قد يكون الثمن أكثر من القيمة فها في محل التعارض بل الغالب أن البيع يكون بما هو قيمة المبيع خصوصا بيعات الاسواق فيبطل ذلك الشق وأما ضرر البائع باعتماده فلا يطلب لسلطته مشترا فاما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من المشتري في المدة هل فسخت أولا ومثل هذا كثير في الفقه أعني الزام ما هو ضرر رائقه من لزومه في احتياطه لنفسه مع المكنة بخلاف الوكيل فان ضرره لازم بالزام عن ما يشتريه عليه ان كان وكيل للشراء لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام عن ما لا غرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون مال كالمقداره وبأه دار أقواله أعني عقوده اذا كان وكيل بالبيع وهذا أضر على النفس من اقتراض المال لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحمير شأنه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي أقوى وإنه أعلم وقوله حينئذ (ولا نقول انه مسلط) من جهته وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك التسليط (مشاهدة لغلبة فان المراد من سلطه أذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا منع تضمن شرط الخيار الاذن بلا علمه للضرر فكان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم فبوابه ما ذكرنا من ان غائته في صورة التعارض وعدم تأثيره في أخرى لتقصير من يلزمه وهذا أجاب عن المعارضة القائلة لو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ يتضرر وهو أيضا لانه يمكن أن يختفى صاحبه في المدة القاضي الى الاعذار أيضا فقيل لمحمد رحمه الله كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق وياخذ منه وكيل ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب البائع رد على الوكيل (قوله بخلاف الاجازة) لانه لا الزام فيه لانه لا يلزم الاخر باجازه شيئا لأن العقد لازم من جانب المشتري و عليه الخيار (قوله وكيف يقال) هو مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فيما لا يملك المسلط ولكن انما يتمسك من

الدابة ولا ما قبل الزوج ينفرد بالرجعة وتحكمها يلزم المرأة وان لم تعلم لانه ليس فيها الزام لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة الزام أمر جديد سلمناه لكن ليس فيه الزام ضرر لان النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضررا ولا ما قبل اختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه الزام حكم الاختيار وان لم يعلم به لعدم الالتزام بل ذلك بالتزامه أو لانه لا ضرر فيه فان الإيجاب فيه حصل منه ولو رأى ضررا ما أقدم عليه أو لانه غير زائد على موجب الخيار ولا ما قبل اختيار الامنة المعتقة المرفقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه الزام لانه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار وهو مرضى به بالاقدام على سببه ولا ما قبل اختيار المالك رفع عقد الفضولي يلزم العاقد من بلا علم وفيه الزام عليها لانه امتناع عن

العقد لا الزام منه ولا ما قبل الطلاق يلزم العدة على المرأة وان لم تعلم لانه لا ضرر في العدة أو لانه يكونه بإيجاب الشرع تصادون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فانه زائد على موجب خيار الشرط وهو الراد أو الاجازة وهو غير مرضى به من جانب الآخر فلا يلزمه الإجماع

(قوله لان ذلك الى قوله من الالتزام الخ) أقول العتق اثبات القوة الحكيمة على ما بين لانه اسقاطوا الظاهر أن يقال ليس فيه ضرر (قوله لان النكاح من عوالى النعم الخ) أقول فيه بحث (قوله أو لانه غير زائد على موجب الخيار) أقول وكذلك الفسخ في مسئلته نفاذا لولا أن يقال أو لانه مرضى به ولولا لما أقدم على الإيجاب (قوله أو هو مرضى به ولولا لما أقدم على الإيجاب بالاقدام على سببه) أقول سببه الاعتقال لا النكاح



في غير ما ملكه المساط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد  
مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ

حتى تنقضي فقالوا هذا الضرر الزم من جانبه بتقصيره في أخذ الكفيل وأما الجواب بان الضرر  
بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن احضاره بالاختفاء في سعة فضل الله تجاوز عنه وقيل الظاهر انه  
لا يخفى لانه أمين حيث أثبت الخيار لصاحبه وعلم أن الإلزام بهذا الفرع على أحدي الرويتين في فتاوى  
قاضي خان جاء إلى باب البائع ليرده فاختفى فيه فطلب من القاضي خصم اليرده عليه قال بعضهم ينصب نظر  
للمشتري وقال محمد بن سلامة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم يأخذ منه وكلام مع احتمال غيبته فلا  
ينظر له فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد وابتان في رايه يجيبه فيبعث  
مناديا ينادي على باب البائع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا  
انقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا عذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار أيضا وقيل لمحمد يعني على هذه  
الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري أن يستوثق في اخذ منه وكلام لا ثقة اذا خاف الغيبة حتى اذا  
غاب برده على الوكيل وطريق نقض القاضي على أحدي الرويتين أنه اذا قال الخصم اني أعذرت اليه  
وأشهدت فتواري فيقول القاضي اشهدوا أنه زعم أنه أعذرت الى صاحبه في المدة كل يوم واخفى فان كان  
الامر كما زعم فقد أبطل عليه الخيار فان ظهر وأنكر فعلى المدعي البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه لا يمكن  
من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا يحكم على غائب ولا تسمع حال غيبته للمحكم به عليه واذا عرف هذا  
فالمسائل الموردة نقضا مسلمة لانها على وفق ما ترجح من قول أبي يوسف لكانوا رد هابنا على تسليم تمام الدليل  
فمن أن المخيرة يتم اختيارها لنفسها بالعلم زوجها ويلزمه حكم ذلك وأجيب بان لزوم حكم الطلاق على  
الزوج بايجابه نفسه وهو تخيره وهو بعد الرضا والعلم وهو مدفوع بان اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار  
الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ بايجابه فيجوز حال غيبته ومنها الرجعة فينفرد  
بها الزوج ويلزم حكمها المرأ حتى لو تزوجت بعد ثلاث حبس ففسخ اذا ثبت الرجعة قبلها أجيب بان  
الزوج لا يلزمها حكم جديد لان الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح وانما ثبت البينة عند فراغ العدة بشرط  
عدم الرجعة فكأن ماها أن تستكشف شرط تصرفها هل هو وجود أو لا ومنها الطلاق والعقار والعفو  
عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بالعلمه وأجيب بانها اسقاطات لا يلزمها شيء من أسقاط عنه فلا يتوقف  
على علمه ومنها خيار المنة يصح اختيارها للفرقة بلا عذر زوجها أجيب لاروايه فيها وعلى تقدير التسليم  
فالتخير أثبت له الشرع مطاوعة الولاية علمها ولا يخفى أن هذا من فساد الوضع فان كون الشرع أثبت  
حكم التصرف على الآخر بغير علمه في خيار المخيرة يقتضي أن الشرع لا يوقف بحكمه التصرف على علم الآخر  
في ثبوت حكمه في حقه فان قلت فما الضرر الذي يلزمه ولا حتى يحتاج الى جوابه قلنا امتناعه عن زوج  
أمة بناء على قيام نكاح التي اعتقت ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين أجيب بان  
عقدهما لا وجود له في حق المالك اذا ولاية لهما عليه فاذا رد فقد بقي عدم شرط الثبوت فانه عدم أصلا في حقه  
فانه يقع الانعقاد حكما ومنها العدة فانها تلزم على المرأة بتطبيق الزوج وان كان بغير علمها أجيب بان العدة  
لا تجب بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من تجب عليه العدة الا ترى أنها لا تجب بالطلاق قبل الدخول  
بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازاله ملكه الله تعالى عليه فانما تلزم في ضمن الطلاق والعبارة للمتضمن  
للمتضمن وأما هنا فليس جواز الفسخ له بتسلط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه (فروع) \* اشترى باعلا

الفسخ لان العقد غير لازم في حقه وبغوت صفة الزوم يمكن من الفسخ بالرضا صاحبه ولكن لا يمكن  
بالعلمه كافي الو كالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لانه  
مساط على التصرف من جهة الموكل فتسلطه اياه على التصرف فوق علمه ولا يلزم ما اذا كان الخيار للبائع

(قوله ولو كان فسخ في حال  
غيبة صاحبه) يشير الى ان  
الشرط هو العلم دون  
الحضور وليس المراد بقوله  
كفى الكناية الاصطلاحية  
لار باب البلاغة لكن المراد  
به ما استتره المراد

قال (واذا مات من له الخيار بطل (٥١٤) خياره) اذا مات من له الخيار سواء كان البائع أو المشتري أو غيرهما سقط الخيار ولزم

قال (واذا مات من له الخيار بطل خياره

على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لارد لا آخر عنه وقاله رد نصيبا ولو كان الخيار للعاقدين فقال البائع بحضو المشتري أجرته ثم قال المشتري فحقته بحضوره انفسخ فان هلك في يد المشتري سقط الثمن ولو بدأ المشتري بافسخ ثم البائع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تغاسخا العدة ثم هلك في يد المشتري قبل ازيد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى وفي الفتاوى باع أرضا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام وتقاضا ثم نقض البائع البيع بقي الأرض مضمونة على المشتري والمشتري حبسها لاستيفاء الثمن الذي كان دفعه إلى البائع فان أذن البائع بعد ذلك للمشتري في زرعها فزرها تصير أمانة عند المشتري وكان البائع أن يأخذها متى شاء قبل أن يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لأنه لما زرعها باذن البائع صار كأنه سلمها إلى البائع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فاقى البائع فقال له نقضت البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البائع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري وان صح فيها فلم يرد حتى مضت كأنه أن يرد على البائع بذلك الرد الذي كان منه ومن باع على أنه بالخيار فصالحه المشتري فصار له البائع على أن يسقط الخيار ويحيط عنه من الثمن كذا أو يعطيه هذا العرض جازا لأنه زيادة في المبيع أو حط من الثمن ولو أمره ببيع عبده على أن يشترط الخيار له ثلاثة أيام فباعه مطلقا لم يجز ولو أمره بمطابقا فباعه بشرط الخيار لا سراً ولا جني مع ولو وكاله بالشراء توكل به لا يحجبها فهو على ما ذكرنا من التفصيل إلا أن العقمة لم ينفذ على الآخر ينفذ على المأمور بخلاف البيع لان الشراء اذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد (قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره)

فاعتق المبيع أو دبر أو كاتب أو رهن أو وطن أو قبل بشهوة أو وهب أو أجزأه ينتقض البيع وان لم يعلم المشتري لان ثبوت الغسخ هنا ضمني لا بقصد المتصرف فلا يتوقف على العلم كالموكل اذا اعتق العبد الذي وكل بيده ينزل الوكيل وان لم يعلم به بخلاف ما لو عزله قصدا فان قيل يشكل على قولهما أنه تصرف يلاقى حق الغير وهو العقد بالرفع مسائل منها خيار الخيرة فانها تختار نفسها بدون علم الزوج فينفذ ذلك عليه وان لم يرض ولم يعلم وفيه الزام حكم الاختيار على الزوج من غير علمه ومنها الرجعة فان الزوج ينفرد بالرجعة يلزم حكم الرجعة على المرأة من غير علمها ومنها الطلاق والعقار والعقود القصاص ومنها خيار الامة المعتقة حيث يصح اختيارها لفرقة بدون علم الزوج ومنها خيار المالك وهو فيما اذا باع مال غيره فان المالك خيارا فيه فالوردان بدلا علم المتعاقدين ومنها العدة فانها تلزم الانسان من جانب الغير بدون علمه قلنا أما الجواب عن الاولى فان الزوج انما يلزمه حكم الطلاق بايجابه وذلك فوق رضاه وعلمه فكان بمنزلة ما يلزم الموكل بتصرف الوكيل وأما من الرجعة فان الزوج بالرجعة لا يلزمها حكما جديدا لان الطلاق الذي تثبت به الرجعة لا يرفع النكاح فكان النكاح ثابتا تباعجه قبل الرجعة وانما تثبت البيئونة عند انقضاء العدة بشرط عدم الرجعة من الزوج في مدة العدة وأما من الطلاق ونحوه فانه من الاسقاطات فلا يلزم على من أسقط عنه شيء وأما خيار الامة المعتقة فانها مسئلة لار واية فيها من الجواب عنها ان سلم أن الخيار ثبت لها بتخيير الشرع اياها فصار كالموكل بتخيير الزوج لان الشرع ولاية علينا وأما رد المالك ببيع الغضولي فان العقد لا يوجب حق المالك الا بالاجازة لانه ليس للعاقدين على المالك ولاية فاذا رد فقد انعدم شرط الثبوت في حقه فانه عدم أصلا وأما العدة فانها لا تجب بالطلاق لأن ترى أنها لا تجب بطلاق قبيل الدخول بل الطلاق لقطع الملك الا أنه لم يقدر على قطع الملك لحقه فيبقى الحق الى حين فكان لزوم العدة على المرأة في ضمن اقدار الله تعالى الزوج على قطع ما كنه بالطلاق بعد الدخول فكان الاعتبار للمعتضين لا للمعتضين (قوله واذا مات من له الخيار بطل خياره) هذا اللفظ بعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما واذا مات من عليه الخيار فاختار باق بالاجماع ثم

البيع بخلاف ما اذا مات من عليه الخيار فانه باق بالاجماع وقال الشافعي رحمه الله اذا مات من له الخيار انتقل الخيار الى وارثه لانه حق ثابت لازم في البيع فيجبر في فيه الارث كخيار العيب وخيار تعيين المبيع بان اشترى أحد الثوبين على أنه بالخيار يأخذ أحدهما شاء وانما أن الخيار لا يقبل الانتقال لانه ليس الامتية وارادة وهما عرضان والعوض لا يقبل الانتقال والارث فيما يقبل الانتقال لانه خلافة عن المورث بنقل الاعيان الى الوارث وهذا معقول لامعارض له من المنقول فيكون معمولاً به لا يقال قال عليه الصلاة والسلام من ترك ما لأورثه فلو رثته والخيار حق فيكون لو رثته لان المراد به حق قابل للانتقال بدليل قوله فلو رثته على ما مر والخيار ليس كذلك قيل المالك بتصفه ينتقل من المورث اليه في الاعيان فهلا يكون الخيار كذلك وأجيب بان المنتقل هو العين ونقل المالكية ضمني قيل فليكن خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث الى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنا وأجيب بان الخيار ليس من لوازم المبيع بل الاصل عدمه ومم من مبيع

لا خيار فيه بخلاف المملوك فانه يستلزم مالكية ماله وفيه نظر فان الكلام في المبيع بشرط الخيار لا في مطلقة والخيار يلزمه والصواب أن يقال الغرض الاصل من نقل الاعيان ملكيتها وليس الخيار في المبيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقالها هو

الغرض الأصلي انتقال ماله كذا فان قيل القصاص ينتقل من المورث الى الوارث بذاته من غير تبعية العين فليكن الخيار كذلك أجيب بأنه ثبت للوارث ابتداء لانه شرع للتشقي وهمافى ذلك سبان الآن المورث متقدم فاذا (٥١٥) ما تزال التقدم وثبت للوارث بما ثبت

للمورث أعنى التشقي والخيار ثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقدا ولا شرط لا يقال البيع بشرط الخيار غير لازم فيورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفهمه ما ذكرتم لان كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفاءه ولو التزم ملتزم ما ذكرتم قلنا البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد أو في حق الوارث والاول مسلم ولا كلام فيه والثاني عين النزاع (قوله بخلاف خيار العيب) جواب عما قاس عليه وتقرره لانسلم انه بطريق النقل بل المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فكان ذلك نقلا في الاعيان دون الخيار وذلك لان سبب خيار العيب استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك الجزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بالتسليم وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث وكذا خيار التعيين

ولم ينتقل الى ورثته) وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع فيجوز فيه الارث بخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الامشيتة وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث فاما نفس الخيار لا يورث وأما خيار التعيين ثبت بان كان أو مستترا (ولم ينتقل الى ورثته) واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبائع دخل ثمن المبيع في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبائع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فلا أثر على خياره بالاجماع فان أمضى مضى وان فسخ انفسخ (وقال الشافعي يورث عنه) وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة (لانه) أي الخيار (حق) للانسان (لازم) حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله (فيجوز فيه الارث) بخيار العيب والتعيين فانهم ما يورثون بالاتفاق (ولنا ان الخيار ليس الامشيتة وارادة فلا يتصور انتقاله) لانه وصف شخصي لا يمكن فيه ذلك (والارث فيما) يمكن (في الانتقال) وهو الاعيان والفظ مشبهة منصوب على انه خبر ليس وما في الشرح من أنه بدل من الخبر وتقدره أن الخيار ليس شيئا الامشيتة يعني على قول ضعيف في العربية من أن يقدر الممول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الابداله والمختار أن المقر غله هو الممول في مقام الارز يلزم بدفعه بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب لان الارث فيه العين ومن جلتها الجزء المذبح فاذا دخل في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند انسان كان يختار أن يترك حقه أو يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار العيب غير أن طابعه لا يمكن شرعا الابدال السكل وأما خيار التعيين فغله أصلا آخر للشافعي لا يصح على أصله لانه لا يميز خيار التعيين فكانه ذكره الزمانا وجوابه كذلك أن المورث هو أحد العينين المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط المالكين فصار كما اذا ورث مالا مشتركا فثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فغاه الخيار لازم للعين الموروثة في الموضوعين ضمنيا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرطان البيع ليس ملزوما للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على أنه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في ملكه عند أبي حنيفة فلا يورث وجهه قوي على ما تقدم ويقال على أصل الدليل قولكم لا يتصور انتقال الوصف ان أردت حقيقة فسلم لكن مرادنا بالانتقال أن يثبت للوارث شرعا ملك خلف ملك الميت أو استحقاقه لعين ذلك الملك والاستحقاق المقيد بالاضافة الى الميت لان ذلك غير ممكن فالوجه في الاستدلال يس الآن يقال بغير ذلك شرعا في أملاك الاعيان معلوم متفق عليه أو ما ثبت عنه عن الشرع في غيرهما من الحقوق يتوقف على الدليل السمي ولم يوجد في المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك مالا أو حقة فليورثته ومن ترك كالا أو عيالا فليقلنا الثابت قوله ما في الصحيح وأما الزيادة الاخرى فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم به الدليل وأما الجواب بان الملك انما ينتقل في ضمن انتقال العين فيعد أنه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقالا لنفس ذات العين والمالك يتبعها بتقليد تامس فان حقيقة انتقالها انما هو في الممكن فال الى أن المراد انتقال ملكها ليس غير ثم يبين أن المراد بقولهم انتقل ملكها بما ينفي كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض لمبطل الخيار عندنا يلزم البيع وقال مالك رحمه الله يفسخ العقد (قوله بخيار العيب والتعيين) أي خيار تعيين المبيع بان يشتري أحد الثوبين على أنه بالخيار ياخذ أيهما شاء وخيار الرؤية على أصلكم كذا في الإسرار (قوله ولنا أن الخيار ليس الامشيتة) أي في ردده فان معنى قولنا فلان بالخيار في كذا أي الشبهة اليه ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ومشيئته صفة لا يزياله ولا يحتمل الانتقال منه الى الوارث وغيره

لا ينتقل بل الخيار سقط بالموت لكن الوارث ورث المبيع وهو محمول فثبت له خيار التعيين وكن اختلاطه بمال رجل ثبت له خيار التعيين وهذا الخيار غير ذلك الخيار لا ترى ان المسور كان له أن يفسخ قوله وكان خياره موقفا والوارث ليس له الفسخ وليس خياره بموقت

قال (ومن اشترى بشرط  
الخيار لغيره) تفرير كلامه  
ومن اشترى بشرط الخيار  
لغيره جاز حذفه لدلالة قوله  
فأيهما أجاز جازية عن من  
المشتري وذلك ان غير على  
المحذوف واشترط الخيار  
لغيره لا يجوز في القياس  
وهو قول زفران الخيار  
اذا شرط في العقد صار  
حقا من حقوقه واجبا من  
واجباته بمقتضى الشرط  
المسوغ شرعا وما كان من  
موجب العقد لا يجوز  
اشترطه على غير العقد  
كاشترط الثمن على غير  
المشتري أو اشترط تسليمه  
على غيره أو اشترط الملك  
لغيره لكن العلماء الثلاثة  
استحسنوا جوازها لان الحاجة  
قد تدعو الى اشترط الخيار  
للاجنبي لكونه أعسر  
بالمبيع أو بالعقد صار  
كالاحتياج الى نفس الخيار  
(قوله حذفه لدلالة قوله الخ)  
أقول ويجوز أن يكون قوله  
فأيهما أجاز جاز خبرا  
بالتأويل المشهور في وقوع  
الانشاء خبرا وهو تقرير  
القول قال المصنف (لان  
الخيار من موجب العقد)  
أقول فيه بحث (قوله واجبا  
من واجباته) أقول فيه  
بحث والظاهر أن يحمل  
الكلام على التشبيه والمبالغة  
فيه أي كبعض موجب  
العقد

لا وارث ابتداء لا اختلاط ملكه بملك الغير لان وارث الخيار قال (ومن اشترى شيئا بشرط الخيار لغيره فأيهما  
أجاز جاز الخيار وأيهما نقض انتقض) وأصل هذا ان اشترط الخيار لغيره جازا استحسانا وفي القياس لا يجوز  
وهو قول زفران الخيار من موجب العقد وأحكامه فلا يجوز واشترطه لغيره كاشترط الثمن على غير المشتري  
الشرع وهذا يلزمه على تقدير ثبوته أن يورث الخيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضى  
النظر أن يتفرع عدم انتقال الخيار الى الورثة على قول أبي حنيفة أما على قولهما فإني أن يورث فأنهما  
يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل الى الورثة عين لم يملكه فيها خيار أن يفسخ كفي خيار العيب  
بعينه وفي خيار البائع ينتقل الثمن لم يملكه (قوله ومن اشترى شيئا بشرط الخيار لغيره) يعني لغير الذي  
ليس هو عاقدا والافغير يصدر على البائع (فأيهما أجاز) من الشارط العاقد أو المشتري وطه الذي هو غيره  
(جازواهم ما نقض) البيع (انتقض) فلغظ من مبدأ والجملة الشرطية وهي أيهما أجاز خبره وإذا تضمن  
المبتدأ معنى الشرط جاز دخول الغاء في خبره نحو الذي ياتي في درهم (وأصل هذا) أي جواز اشترطه لغير  
العاقد (أن جوازه استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر) وقول الشافعي وقولنا قال مالك وأحمد وهو  
الاصح من مذهب الشافعي الآن في ثبوته للعقد مع ذلك الغير وجهين في وجه ثبت لهما وفي وجه ثبت للغير  
وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط  
وجه (قول زفر أن الخيار من موجب العقد وأحكامه فلا يجوز واشترطه لغيره) العاقد كاشترط الثمن  
على غير المشتري واشترط ملك المبيع لغير المشتري واشترط تسليم الثمن أو المبيع على غير العاقد  
ولان هذا تعليق انفساخ البيع وابرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك وقياسا على خيار الرتبة  
والعيب وجهه الاستحسان أن الحاجة قد تدعو الى اشترطه لغيره لان شرعيته لا تستلزم الرأى وقد  
يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الرأى والتدبير غير واثق بما في ذلك بل بغيره ممن يعلم خرمه وجودة  
رأيه ومعرفة بالقيم وأحوال البياعات فبشرط الخيار له يحصل المقصود من شرعيته فيجب تصحيحه وأجنيبه  
كسائر صفاته من القدرة والحياة والارث فيما يحتمل الانتقال الى الوارث فاما لا يحتمل الانتقال فلا يورث  
كملكه في منكره وحته وأم ولده والعقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث ما كان قائما والعقد قد مضى  
وتلاشي فلا يتصور انتقاله الى الوارث وانما ملك الوارث الاقالة لقيامه بمقام المورث في ملكه لافي العقد فان  
الملك ثبت ولاية الاقالة لا ترى أن اقالة المورث من البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون المورث فان قيل  
ماذا كثرتم من عدم انتقال صفة التورث منقرض بتورث الاعيان فان المالكية في الاعيان صفة  
لمالك الاعيان ثم هي تنقل من المورث الى الوارث في حق الاعيان قلنا كذلك بل العين تنتقل أولا الى  
الوارث وفي ضمن انتقال العين يثبت الملك للوارث ابتداء لأن مالكية المورث تنتقل اليه فان قيل فما يمنعكم  
من أن تجعلوا خيار الشرط كذلك بان ينتقل المورث الى الوارث وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار معه الى الوارث  
قلنا ليس من لوازم البيع الخيار بل الاصل عدم الخيار فكم من يبيع لغيره فلا يلزم من انتقال المبيع الى  
الوارث انتقال الخيار وأما المملوك فلا يتصور بدون المالك فان قيل قد ينتقل الحق ارضا من المورث الى  
الوارث بدون أن ينتقل محل الحق اليه وهو العين كما اذا مات ولي القصاص ينتقل حق القصاص الى وارثه  
قلنا لا ينتقل بل ثبت ابتداءه لنشأ الصدور ولا يمكن أن يجعل الخيار كالقصاص لان الخيار ثبت بالعقد  
والشرط والوارث ليس بعاقدا ولا شارط فلا يثبت في حقه وأما نشأ الصدور فامر يشمل الكل الآن المورث  
لتقدمه على الوارث كان الاستيفاء فاذا مات فقد ذهب التقدم فيخلطه من كان أقرب اليه (قوله لا اختلاط  
ملكه بملك الغير) فان قيل الاختلاط مشترك فلم يكن هو أولى بالتعيين من البائع قلنا لان مورثه ملك أحد  
العبدان على وجه يكون له ولاية التمييز والتعيين بالشرط فيملكه الوارث كذلك بخلاف البائع اذ ملكه في  
أحدهما لا يكون بهذه الصفة (قوله لان الخيار من موجب العقد وأحكامه) أي لو شرط في العقد بصير حقا

وطر يق ذلك أن يثبت بطريق النيابة عن العاقد انقضاء اذلا وجه لا يثبت له الغير اذ لا فيجعل كأنه شرطه لنفسه وجعل الاجنبي نائباً عنه في التصرف تصححها بقدر الامكان وفيه بحث من وجهين أحدهما ان شرط الانقضاء أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضى ألا ترى أن من قال لعبد له حنفى عنه كفر عن عيذك بالمال لا يكون ذلك تحريراً لان انقضاء التحريم أقوى من تصرف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعاً لغيره ولا حنفاء ان العاقد ألقى مرتبة فكيف يثبت الخيار له انقضاء والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز انقضاء تصححها لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد ولا ثم على الغير كفالة عنه كذلك وأجيب عن الاول بان الاعتبار بالمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الاصل نظر الى الخيار والعاقد أصل (٥١٧) من حيث التملك لا من حيث الخيار فلا يلزم

ثبوت الاصل بتبعية فرعه  
وأما التحريم فانه الاصل  
في وجوب التكفير المالية  
فلا يثبت تبعاً لغيره وعن  
الثاني بان الدين لا يجب على  
الكفيل في الصحيح بل هي  
الترام المطالبة والمذكور  
ههنا هو الثمن على الاجنبي  
وثبوت المقتضى لتصح  
المقتضى ولو صححت الكفالة  
بطريق الانقضاء كان مبطلا  
للمقتضى وعاد على موضوعه  
بانقضاء فان قيل فليكن  
بطريق الحوالة فان فيها  
المطالبة بالدين فالجواب أن  
المشتري أصل في وجوب  
الثمن عليه فلا يجوز أن  
يكون نائباً لغيره وهو  
الحال عليه (واذا ثبت الخيار  
لكل واحد منهما فإما  
أجاز جاز وأما ما نقض  
انقضاء) ولو اختلف فعلهما  
في الاجازة والنقض اعتبر  
السابق لعدم ما راجعه  
(ولو خرج الكلامان معاً  
اختلفت الرواية) ففي رواية

ولما ان الخيار للغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فقد در الخيار له انقضاء ثم يجعل هو نائباً عنه تصححها لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فإما أجاز جاز وأما ما نقض انقضاء (ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق) لوجوده في زمان لا يراجه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معاً عن العقد انما يمنع ان سلمنا صحة ما نعتبه لو أخرناه أصلاً مستقلاً لكننا نعتبره الاتبع الثبوت لاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه انقضاء تصححها لتصرفه فيثبت لهم واستشكل باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الانقضاء والثابت به انه هو يكون تبعاً قلنا الملازمة بمنزلة لان المراد التبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود أولاً وبالذات لا بالنسبة الى الوجود فاقصود بالذات في قوله أعنى عبدك عني بانفائهما هو العتق فكان التملك مقصوداً لغيره تبعاً لغيره ليصح العتق عنه وان كان أصلاً بالنسبة الى الوجود فكذلك هذا المقصود أولاً وبالذات ليس الا اشتراط للاجنبي لانه هو الذي يحصل به مقصود العاقد بما فرض فكان ثبوته للعاقد تبعاً للمقصود ليصح المقصود به فكان ثبوته بطريق الانقضاء واقعا على ما هو الاصل في الانقضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا حاجة في جوابه الى تكفيراً ندان قيل فلم يجوز اشتراط الثمن على الاجنبي وثبتت كفالته انقضاء كما يثبت الخيار له ويثبت للعاقد انقضاء أجيب بان الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين على الكفيل فلو ثبتت الكفالة انقضاء اشتراط على الاجنبي أبطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعني به ثبوته على المشتري عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفله كفالة صريحة بالثمن الدين صح (وعند ذلك) أي صيرورة الخيار لهما (يكون لكل منهما الخيار فإما أجاز جاز وأما ما نقض) البيع (انقضاء) ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يراجه فيه غيره ولو خرج الكلامان معاً

من حقوق العقد وواجباً من مواجبه (قوله فيقدم الخيار له انقضاء) كقوله أعنى عبدك عني على ألف درهم فاعتق فان الأمر بصيرته مشترياً منه أولاً وموكلاً اياه بالعتق عندنا تصححها للامرو زفر رحمه الله لا يقول بالانقضاء فهذه فرع ثالث المسئلة المذكورة في الهداية فان قيل ان شرط الثمن على الاجنبي وجب أن يصح بطريق الكفالة بان يجب الثمن على العاقد ولا ثم على الاجنبي بطريق الكفالة قلنا هذا لا يصح لان الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بل هو في ذمة الاصيل والكفالة التزام المطالبة والمذكور وهذا أن الثمن على الاجنبي وثبوت المقتضى لتصح المقتضى والكفالة لو صح بطريق الانقضاء لكان مبطلا للمقتضى فعاد على موضوعه بالنقض فان قيل شرط صحة المقتضى أن يكون هو أخط رتبة وأدون منزلة من المقتضى الذي هو المذكور وعن هذا قلنا لم يثبت الحرية للعبد الخائف في عيذك في قول المولى له كفر عيذك بالمال وان كانت صحة التكفير مقتضية للعهر يتساقا على التكفير بالمال اذ لا يصح هو بدون الحرية لما أن الحرية أصل أقوى منزلة من تصرف التكفير فلم يثبت الحرية لذلك بطريق الانقضاء قلنا نعم كذلك الا ان الاصل قد

الامكان أقول وهذا وجه ثبوت انقضاء (قوله والثاني ان اشتراط الخيار للغير لو جاز انقضاء تصححها لجاز اشتراط الخ) أقول في ظاهر عبارته تناقض بيانه انه جعل الخيار نائباً للعاقد انقضاء ثم جعل اشتراط الخيار للغير انقضاء ودفع التناقض ان النيابة تثبت انقضاء وان كان شرط الخيار يثبت بصريح اللفظ للغير وأما اشتراط الخيار للعاقد فيثبت انقضاء له لم يثبت صريحاً فإما أمثل ذلك (قوله فالجواب ان المشتري أصل الخ) أقول فيه بحث لانه لم لا يجوز أن يقال ههنا أيضاً الاعتبار للمقام ودوا الغير هو مقصود البائع بمطالبة الثمن وجوابه ان الثمن على المشتري بحسب وضع الشرع

بيوع المبسوط (يعتبر تصرف العاقد) فسحاً كان أو اجازة (و) في رواية مادون المبسوط يعتبر تصرف الفاسخ سواء كان من العاقد أو من غيره (وجه) القول (الاول أن تصرف العاقد أقوى) والاخرى يقدم على غيره وفقه ذلك أن تصرف النائب إنما يحتاج اليه عند انتفاء تصرف المبوب وأما عند وجوده فلا (٥١٨) احتياج اليه واستشكل بما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته لسنه فطلقة الوكيل

يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى وجه الاول أن تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره بما فيه يدعي تصرفه تصرف الوكيل وأبو يوسف يعتبرهما قال

يعتبر تصرف العاقد في رواية كتاب البيوع نقض أو اجاز (والتصرف) الذي هو الفسخ في أخرى هي رواية كتاب المأذون سواء كان من العاقد أو وكيله الاجنبي (وجه الاول أن تصرف العاقد أقوى لان النائب يستفيد الولاية منه) والتصرف الصادر عن اصاله أقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلاً آخر بطلاق امرأته فطلقة ما عاقلها فواقع طلاق أحدهما لا طلاق الموكل عينا ولو كان المرجح الاصيل تعين اطلاقه أحجب بان الوكيل في الطلاق سفير كوكيل في النكاح فكانت عبارته عبارة له فالصادر من كل منهما عين الصادر من الآخر (وجه الثاني أن) لا ترجح بكونه أصيلاً أو وكيلان الوكيل بعدما استفاد الولاية بتعلي الفعل كان مثله فاستويان ثم يترجح بنفس التصرف (والفسخ أقوى) لانه يلحق المجاز فيبطله والاجازة لا تلحق المفسوخ فتبرمه قال شمس الامتداح ماذكر في المأذون ثم قالوا (الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج) هذا الترجيح من مسألة اختارها فيها هي ما اذا وكل غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من آخر فمحمد جعل البيع من باع منه الموكل ترجحنا لتصرفه للاصالة (وأبو يوسف يعتبرهما) على السواء

ثبتت غير العاقد ههنا بوجه آخر فذلك لما جاز أن يثبت خيار العاقد اقتضاء وذلك ان شرط الخيار من قبيل الالفاظ بحيث لا يثبت بدون اللفظ وغير العاقد أصلي في حق اللفظ لانه أثبت له الخيار باللفظ قصداً وأما الحرية فليست من خواص اللفظ اذا الحرية تثبت في شراء القريب وارثه بدون اللفظ فكانت الحرية جالبة عن جهة التبعية فلا تثبت في ضمن ما هو تبعية اياه والتكفير وأما ههنا فالعاقد تبعية غير العاقد في اشتراط الخيار في حق اللفظ فيثبت بطريق الاقتضاء (قوله يعتبر تصرف العاقد في رواية) في بيع الاصل تصرف المالك أولى نقضاً كان أو اجازة وتصرف الفسخ في رواية المأذون (قوله والمفسوخ لا تلحقه الاجازة) فان قيل المفسوخ تلحقه الاجازة لا ترى أن الخيار اذا كان للبائع أو للمشتري فالتبعية افتراضاً للبائع ثم هلك عند المشتري قبل أن يقبضه البائع بحكم الاقالة فعلى المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان الخيار للبائع لان تمام الفسخ بالتسليم الى البائع ثم قال شمس الامتداح انه في المبسوط وهذا لان الفسخ بحكم الخيار محتمل للفسخ في نفسه حتى لو تفسخ ثم تراضى على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما جاز وفسخ الفسخ ليس هو الاجازة البيع في المفسوخ قلنا هذا لا يلزم لاننا قلنا الاجازة لا ترد على المنتقض ولا اجازة فيما ذكرتم كذا في الغوائد الظهريّة وذكر الامام فاضل خان رحمه الله والصحيح ما ذكر في المأذون لان النقض أقوى من الاجازة فان النقض رد على الاجازة والاجازة لا ترد على النقض والادنى لا يعارض الاقوى كنكاح الحرّة مع الامّة اذا اجتمع يصح نكاح الحرّة لان نكاح الحرّة يرد على نكاح الامّة ونكاح الامّة لا يرد على نكاح الحرّة فان قيل الاجازة توجب الحرمة على البائع فكان أولى قيل الاجازة تأثيرها في اثبات الحل والفسخ تأثيره في ابقاء الحل فكان الابقاء أولى ولان الابقاء مع الشك أحق من الاثبات مع الشك لان الشيء يبقى مع الشك ولا يثبت مع الشك فكان اعتبار الفسخ أولى (قوله وأبو يوسف رحمه الله يعتبرهما) ويجعل العبد بينهما نصين

والموكل معاً فان الوازع طلاق أحدهما لا بعينه وأجيب بان الترجيح يحتاج اليه عند تنافي الفعلين كالفسخ والاجازة وأما اذا اتحداهما لطلب حاصل بدونه فلا حاجة اليه و (وجه) القول (الثاني أن الفسخ أولى لان المجاز يلحقه الفسخ كما لو اجاز والمبيع هلك عند البائع والمفسوخ لا تلحقه الاجازة) فان العقد اذا تفسخ بملك المبيع عند البائع لا تلحقه الاجازة ولا تخفاه في قوة يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك ولو قضى بما اذا لاقى من له الخيار غير فتنقضاً المبيع ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الاقالة فان على المشتري الثمن ان كان الخيار له والقيمة ان كان للبائع فكان ذلك فسحاً للفسخ وهو اجازة المفسوخ وأجيب بان الكلام في ان الاجازة لا تلحق المفسوخ وما ذكرتم فسحاً لاجازة (وقيل الاول قول محمد والثاني قول أبي يوسف) في المبسوط قيل والثاني أصح ولعل قوله ولما ملك كل واحد منهما التصرف

رجحنا بحال التصرف اشارة الى ذلك يعني لما كان كل منهما أصلياً في التصرف من وجه العاقد من حيث لم يثبت (ومن) والاجنبي من حيث شرط الخيار لم يترجح الامر من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف لا يقال الفسخ والاجازة من توابع الخيار فكان القياس ترجيح تصرف من له الخيار لان جهة تملك العقد عارضته في ذلك (قوله واستخرج ذلك) يعني أن انسوبة اليهما ليس بمنقول عنهما (د) انما (استخرج مما اذا باع الوكيل من أحد والموكل من غيره معاً فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبر تصرفهما)

ويجعل العبد مشتركا بينهما بالنصف ويخبر كل واحد من الشريكين ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نفق البعير ووجه الاستخراج ان تصرف الفاسخ أو يفسد أو يفسد من هذه المسئلة انه لم يرجع تصرف المالك كما يرجع فاسد فاسد لم يرجع تصرف المالك نظراً لذلك في مسئلة بيع الموكل والوكيل يكون العبد بين المشتريين بالنصف فاسد فاسد لم يرجع تصرف المالك المالكته والرخص ثابت هنا لتصرف الفاسخ في نفسه لم يفسد كونه واراد على الاجازة لا على العكس رجحنا محال التصرف وهو تصرف الفاسخ لانه لا معارض لهذا الرجحان بعد مساواة تصرف المالك مع تصرف غيره المالك فقلنا به كذا في النهاية وهو كلام لا وضوح فيه لان عدم رجحان تصرف المالك المالكته هناك لا يستلزم رجحان الفاسخ هنا ولا يدل عليه نعم هريدي على ترجيح الفاسخ على الاجازة (٥١٩) لاعلى وجه الاستخراج ولعل الاوضح

في وجهه ذلك أن يقال  
الوكيل من الموكل هناك  
بمنزلة الاجنبي من العاقد  
هنا في كون كل واحد منهما  
يستفيد الولاية من غيره  
فترجح تصرف العاقد من مجرد  
كتر رجحان تصرف الموكل منه  
وترك ترجيح تصرف  
المالك من أبي يوسف  
واعتمادهما يدل على انه  
لا ينظر الى احوال المتصرفين  
لتساويهما فيبقى النظر  
في حال التصرف نفسه  
والفسخ أقوى لما ذكرنا  
قال (ومن باع عدينان بف) هذه المسئلة على أربعة أوجه  
لان فيها تفصل الثمن  
وتعيين من فيه الخيار فاما  
أن لا يحصل أو حصل جميعا  
أو حصل التفصيل دون  
التعيين أو العكس من  
ذلك فان كان الاول بان  
باع عدينان بالف درهم  
على أنه بالخيار في أحدهما  
ثلاثة أيام ففسد البعير  
لجهة المبيع والثمن وجهالة  
أحدهما مفسد فلهما  
أولى وذلك لان الذي فيه

(ومن باع عدينان بالف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبعير فاسد وان باع كل واحد منهما بمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البعير) والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساد لجهة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالتحارج عن العقد اذا العدم لا يقع في حق الحكم فيبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كل شرط لان العقد

فيجعل العبد مشتركا بينهما ما يوجب خيارا في أحدهما ثلاثة أيام فالبعير فاسد وان باع كل واحد منهما بمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البعير) والمسئلة على أربعة أوجه أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساد لجهة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالتحارج عن العقد اذا العدم لا يقع في حق الحكم فيبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كل شرط لان العقد

ويخبر كل واحد منهما ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء نفق البعير ووجه الاستخراج ان تصرف المالك على تصرف الوكيل والفسخ يرجع على الاجازة علم أن الفسخ أولى عنده من الاجازة (قوله وقبول العقد في الذي فيه الخيار) جواب شبهة وهو أن يقال ينبغي أن يفسد العقد في هذه الصورة أيضا لو جرد الفساد وهو قبول العقد الذي لم يدخل العقد لان العبد الذي فيه الخيار غير داخل في العقد حكما وقبول كل واحد منهما شرط لصحة الآخر فكان بمنزلة من جسد بين قن وحرو باعها أو أنه لا يجوز أو باع ثوبين على أنهما هرويان فاذا أحدهما مروى فقال ليس هذا كذلك فان الحز والمروى غير داخل في العقد لان العقد لا انعقاد ولا حاكم لانه ليس بمحل للبيع أصلا فلذلك كان قبول العقد فيه شرطاً مفسدا للعقد في القن وأما ههنا الذي فيه الخيار لمحل للبيع فكان داخل تحت البيع في حق الانعقاد ولم يكن داخل في الحكم

الخيار كالتحارج عن العقد اذا العقد مع الخيار لا يقع في حق الحكم فكان الداخل في العقد أحدهما وهو غير معلوم وما هو كذلك فتمنه مثله وان كان الثاني وهو أن يبيع كل واحد منهما بمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البعير لان كل واحد من المبيع والثمن معلوم فان قيل العبد الذي فيه الخيار غير داخل في الحكم وقبول العقد فيه شرط لصحة العقد في الآخر وهو شرط مفسد لقبول الحز في عقد القن اذا جسد بينهما في البيع أجاب المصنف بان ذلك غير مفسد للعقد لكون من فيه الخيار محلا للبيع فكان داخل في العقد وان لم يدخل في الحكم فصار كذا

(قوله لان عدم رجحان تصرف المالك) أقول حاصله انه لا يدخل لعدم ثبوت الرجحان هناك لتصرف المالك في ترتب قوله رجحناه وكما لم يتدل على الترتيب (قوله لان فيها تفصيل الثمن الخ) أقول والسلب فرع تصور الإيجاب (قوله فم كان الداخل في العقد) أقول أي خلاص الحكم



جمع بين قن ومدير في البيع فان المدير محل البيع فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسد للعقد في الآخر بخلاف ما اذا جمع بين حرقن فان الحر ليس محل البيع أصلاً فلم يكن داخل (٥٢٠) في العقد ولا في الحكم ولقائل أن يقول في الجله هو شرط لا يقتضيه العقد فكان

العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما اذا جمع بين قن ومدير والثالث أن يفصل ولا يعين والرابع أن يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين أما الجله المبيع أو الجله الثمن

العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع (في الخيار) فهو (كلو جمع بين قن ومدير) وباعهما بالف حيث ينفذ البيع في القن بحصته وان كان قبول العقد في المدير شرطاً فيه وذلك لدخول المدير في البيع محلته في الجله ولهذا الوقى القاضي بجواز بيعه جاز فكان القبول شرطاً صحيحاً بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمحل أصلاً فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفي الجمع بين القن والمدير في البيع خلاف سياتي ان شاء الله تعالى في آخر البيع الفاسد وثالثها يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كأن يقول البائع بعثك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما ففساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو أن يقول بعثك هذين بالف على أني بالخيار في هذا والفساد فيه لجهالة الثمن لان المبيع وان كان معلوماً بتعين من فيه الخيار إلا أن ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية فان قلتما الفرق بين الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عيدين في البيع بثمن واحد فاذا أحدهما مدير أو مكاتب أو جار يميز فاذا أحدهما أم ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جله الثمن مع أن ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا يصح في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصصة أجيب بان من مشايخنا من لم يشتغل بالفرق وقال قياساً ما ذكرهنا لأن لا يجوز العقد في تلك المسائل في القن ويصير ما ذكرهنا رواية في تلك المسائل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو أن المانع من حكم العقد هما مقترن بالعقد لفظاً ومعنى فأن الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشر وط فيه فيكون كالعديم فلم ينعقد فيه ابتداءً فينعقد في الآخر بالحصصة ابتداءً بخلاف تلك المسائل فان المانع مقترن فيها معنى لفظاً فيدخل المدير ومن معه في البيع لما ذكرنا من محليتهم في الجله ثم يخرجون بناء على استحقاقهم أنفسهم حكماً شرعياً لا يتصل به حكم قاض يسقطه وعلى ما ذكرهنا يتفرع ما في فتاوى قاضين باع عيدين على أنه بالخيار فيهما ما وقضيهما المشتري ثم مات أحدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على إجازته لان الإجازة حينئذ بمنزلة ابتداء العقد في الباقي بالحصصة ولو قال البائع في هذه المسئلة نقضت البيع في هذا أو في أحدهما كان لغوا كأنه لم يشكك فكان نظير من جمع بين قن ومدير وباعهما بالف صح البيع في القن بحصته من الثمن وان تعلق صحة البيع فيه بقبول البيع في المدير لان المدير داخل تحت البيع ولهذا الوقى القاضي بجوازه فكان قبوله شرطاً صحيحاً كذا هنا (قوله والثالث أن يفصل ولا يعين) أي يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار بان قال بعث منك هذين العيدين كل واحد منهما بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام وهو فاسد لجهالة المبيع لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقى الآخر وحده وهو مجهول فصار المبيع مجهولاً والرابع أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل ثمن كل واحد منهما فقال بعث منك هذين العيدين بالف على أني بالخيار في هذا بعينه ثلاثة أيام وهو فاسد لجهالة الثمن لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقى الآخر وحده وثمنه مجهول لانه ثبت بطريق الحصصة بالتقسيم فصار كالذي لم يدخل تحت العقد أصلاً فان قيل أليس أنه لو اشترى عيدين بالف فاذا أحدهما مدير أو مكاتب فان العقد ينعقد صح في القن وان كان الانعقاد في حق القن بالحصصة قلنا قال بعض مشايخنا على قياس ما ذكرهنا لا يصح العقد في القن في تلك المسئلة فصار ما ذكرهنا رواية في تلك المسئلة وبعضهم فرقوا وجه أن الخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم ويجعل

مفسدا والجواب انه ليس فيه نفع لاحد العاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسداً وأنه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط وان كان الثالث مثل أن يقول بعثهما بالف كل واحد منهما بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما فالبيع فاسد أيضاً لجهالة المبيع وان كان الرابع فلهالة الثمن فان قيل لو كان عدم التفصيل مفسداً للعقد في الآخر لفسد في القن اذا جمع بينه وبين المدير وأم الولد لم يفصل الثمن أجيب بان عدم التفصيل مفسداً اذا أدى الى البيع بالحصصة ابتداءً فيما اذا منع عن انعقاد العقد في حق الحكم مانع كشرط الخيار فانه يجعل العقد فيما شرط فيه الخيار في حق الحكم كالعديم ولو انعقد في حق الآخر انعقد بالحصصة ابتداءً وهي مجهولة وليس فيما اذا جمع بين القن والمدير مانع عن انعقاده في حق الحكم ولهذا لو قضى القاضي بجوازه نفذ فكان قسمة الثمن في البقاء مسيئة لحق بمترم عند فسخ العقد على المدير وأم الولد لا ابتداء بالحصصة (قوله وأنه لمظنة فضل تأمل منك فاحتط) أقول

وجه التأمل ان شرط الخيار فيه نفع لمن له الخيار حيث يتروى في الجواب ان شرط الخيار لما كان مجزاً شرعاً على خلاف القياس غير مفسد للعقد لم يسر منه فساد الى الآخر فتأمل



(الجهالة تغضي الى المنازعة) لانه لما اشترط الخيار لنفسه استند بالتعيين فسلم ببقائه منازعة فكان عسلة جوازه مركبة من الحاجة وعدم كون الجهالة تغضي الى المنازعة فاما عدم المنازعة فانه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الاثواب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة فانهما تحقق في الثلاثين جوازا والوسط والردى وفيه الزائد يقع مكررا غير محتاج اليه فانتفى عنه جزء العلة والحكم لا يثبت بالانضمام علة وأعلم أن مجرد رجه الله ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير وفي المأذون وقال وهو بالخيار ثلاثة أيام وذكر في الجامع الكبير وسكت عن ذلك وعلى ذلك اختلاف المشايخ فيه فقال أكثرهم لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلاثة أيام فسادونهم عند أبي حنيفة وزيادة على ذلك في قولهما وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وقال بعضهم يصح العقد ان لم يذكر الزيادة وذكرها فيماد ذكر كان اتفاقا لا قصد وهو اختيار نضر الاسلام حجة الاولين ان جوازه بطريق الاتفاق بموضع السنة فلا يصح بدونه وفيه نظر لان عدم انعكاس الحق عن الحق به ليس بشرط في الاتفاق كما أن القضاء والكفارة يحتاجان الى الاكل والشرب عامدا في رمضان من جماع مع ان النص انما ورد به وجبة الاخرين ان خيار التعيين مما لا يتوقف فلا يتعلق جواز العقد بتلك الزيادة ومعناه ان العقد في خيار التعيين مع خيار الشرط لازم في غير عين من غير توقف

على الايام الثلاثة وأما إذا كان من غير ذكر خيار الشرط فلا بد منه وهذا ان الحال لا يتخلوا ما أن يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين أو لا فان لم يذكر فلا بد من توقف خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله ومدة معلومة أي مدة كانت عندهما كفي الحق به فان قيل ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند أبي يوسف لانه أخذ بالقياس في قوله ان لم يتعد الثمن الى أربعة أيام فلا يصح بينهما أجيب بان قوله ان لم يتعد الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار

والجهالة لا تغضي الى المنازعة في الثلاثة لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا أن الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مغضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل بشرط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذ لم يذكر خيار الشرط مع خيار التعيين في الزائد لان شرع الرخصة في الزائد لان شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف (والجهالة لا تغضي الى المنازعة) جواب عن تعليل زفرو الشافعي بها واذ اظهر أن جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الفرق والافق يقع الشراء له حاضرا أو غائبا طهر أنه لا يجوز للبائع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لأن البائع لا حاجة له الى اختيار الا وفق والافق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو أدري بمالعه منه فبدر جانب البائع الى القياس فلهذا نص في المجرى على أنه لا يجوز في جانب البائع وذكر المكرخي أنه يجوز استحسانا لانه بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على الشرط وأنت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في أنه هل من شرط جواز هذا البيع أعنى البيع الذي فيه خيار التعيين أن يكون فيه خيار الشرط كما قدمنا في الصورة قيل نعم كما (هو المذكور في الجامع الصغير) تصويرا على ما ذكرناه ونسب قاضيان الى أكثر المشايخ وقال شمس الأئمة في جامعهم هو الصحيح (وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير) وغيره والمذكور في الجامع الصغير من الصور وقوع اتفاقا لا قيدا وصححه نضر الاسلام فقال الصحيح عندنا أنه ليس بشرط وهو قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول المكرخي أن القياس يابى جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقتل زوم العقد وانما جاز استحسانا

(قوله والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة) أي والرخصة انما تثبت شرعا بوصفين وهما الحاجة وكون الجهالة غير مغضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما (قوله ثم قيل بشرط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في الجامع الصغير وهو الصحيح وقيل لا يشترط

التعيين فانه من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا فيه

(قوله وان لم يذكر الزيادة) أقول يعني قوله ولي الخيار الى ثلاثة أيام قال المصنف (وهو المذكور في الجامع الصغير) أقول لم لا يجوز أن يكون المذكور في الجامع الصغير هو الخيار المعروف ولا خيار التعيين (قوله وفيه نظر الخ) أقول ولا أن تقول مراد الاولين من اشتراط الخيار لنفسه وقتا معلوما اشتراط خيار التعيين لا خيار الشرط على ما قررته العلامة النزيل في شرح الكثر فلا يرد النظر اذ يعود الضمير على هذا الى خيار التعيين (قوله وجبة الاخرين الى قوله ومعناه أن العقد الخ) أقول كقولنا ثبت هذا الخيار بسبب الاختلاف كذا في الذخيرة والمحيط البرهاني وهذا هو الوجه وأما ما ذكره الشارح فانه التوقيت المذكور فيما اجتمع فيه الخيار ان توقيت لهما اوله استدل على وجوب التوقيت في خيار التعيين بعبارة مجمدة في الجامع الصغير على ما فصل في المحيط والذخيرة فيجبر على التعيين بعد مضي الايام الثلاثة وهذا هو أن توقيت خيار التعيين كما اذ لم يذكر خيار الشرط معه ووقت ومضت مدته بالافرق فتأمل ثم أقول بحصول كلام الشارح أنه يبقى خيار التعيين بعد انقضاء مدة خيار الشرط اذا كان مجامعاه على ما كان قبله اذ لم يعين المشتري أحدهما فظاهر أنه ينقل عن خيار الشرط فليتأمل

التعيين بالثلاث عنده ومدة معلومة أيها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة والاول تجوز واستعارة

بوضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام فإنه يقتضى أن شرط إلحاق بالدلالة أن يكون في محمل الصورة المحقة الصورة الثابتة بالعبارة وكان يلزم أن لا يصح البيع بخيار النقد إلا في بيع فيه خيار الشرط لأن صحة البيع على أنه ان لم ينقصد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا يصح مما أثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير أنهم ما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار التعيين ثبت حكمه وهو جواز أن يرد كلا من الثوبين إلى ثلاثة أيام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع لأن حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار أنه عين المبيع الذي فيه الخيار لأنه يسقط خياره ولو رد أحدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الآخر بشرط الخيار ولو مضت الثلاثة قبل رد شيء وتعيينه بطل خيار الشرط وانبرم البيع في أحدهما وعليه أن يعين ولو مات المشتري قبل الثلاثة ثم يبيع أحدهما وعلى الوارث التعيين لأن خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل إلى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما ذكرنا ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كذا كره المصنف لأنه صار بمنزلة الشرر بل المختلط ماله بمال غيره فلم يطلب شريكه لقسمته لم يعين عليه ولا يفوت وقته وان لم يراضيا على خيار الشرط معه لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاثة عند أبي حنيفة كفي خيار الشرط لأنه أصله وعندهما أي مدة تراضيا عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا يجب أنه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في أحدهما ولزم التعيين أن يتقصد التعيين بثلاثة من ذلك الوقت وحيث نفاط لا يطالب بالحقاوي قوله خيار الشرط موقت بالثلاث في قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز غير موقت فيه نظر وقد طلب بالفرق على قول أبي يوسف حيث قصر المدة على الثلاث في خيار النقد أخذ بالقياس ولم يقصر في خيار التعيين عليها أجيب بأن خيار النقد تعليقا صريحا بأداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين ليس في مرجع التعليق فكان في معناه وهذا هو جواب أن أخذ في خيار النقد بالثلاثة بأثر ابن عمر في موثقي الزائد بالقياس وأثر ابن

(قال المصنف والاول تجوز واستعارة) أقول ويجوز

قال نفع الاسلام رحمه الله في الجامع الصغير والصحيح عندنا أنه ليس بشرط وذكر في القوائد الظهريّة فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في أحدهما حتى لا يردهما وعلى قول الكرخي رحمه الله أن يردهما لأن عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط وقال أكثر المشايخ لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلاثة أيام فسادونها في قول أبي حنيفة رحمه الله وزيادة على ذلك في قول أبي يوسف ومحمد ورحمهما الله لأن القياس يوجب جواز هذا العقد بجهالة المبيع وجهالة وقت لزوم العقد وانما جاز استحسانا بطريق إلحاق بوضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه فان شرط ذلك يثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فان رددهما بخيار الشرط في الايام الثلاثة أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت الايام الثلاثة يبطل خيار الشرط ولا يملك رددهما ويبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما وان مات المشتري في الايام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين فلا يرددهما الوارث وله أن يرد أحدهما وذكر في النخبة هذا اذا حصل البيع بشرط خيار التعيين للمشتري فان حصل البيع بشرط خيار التعيين للبائع بان قال البائع بعثك أحدهما ثوبين على أني بالخيار أعين البيع في أحدهما دون الآخر لم يذ كر محمد رحمه الله هذه المسئلة لا في يوسع الاصل ولا في الجامع الصغير وذكر الكرخي رحمه الله في نخبته أنه يجوز استحسانا قالوا والله أشار في المأذون لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر في المجرد أنه لا يجوز لأن هذا البيع مع خيار المشتري انما يجوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة إلى اختيار ما هو الارفق بحضرته فمن يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى في جانب البائع لأنه لا حاجة إلى اختيار الارفق لأن المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع إلى ما يقتضيه القياس (قوله ومحمد معلومة أيها

ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر لا مائة) حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء وهذا لأن العيب يمنع الرد لان رده انما يكون اذا لم يتعين مبيعاً وهو في دعواه ذلك منهم فكان التعيب اختياراً دلالة فان قيل

ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر لا مائة لا ممتنع الرد بالتعيب ولو هلك كاجتماعهما يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشروع البيع والامانة فيهما

عمر نقله الفقيه أبو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريح عن سليمان بن مولى ابن البرصاء قال بعث من عبد الله بن عمر جارية على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بيننا فأجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه الا أنه لا يطابق قول المصنف في مسألة خيار النقد فيما تقدم فأبو يوسف رحمه الله أخذ في الاصل بالانزوف في هذا بالقياس (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر لا مائة لا ممتنع الرد بالتعيب) لله المصنف بامتناع الرد بالتعيب فيعرف منه أن هذا اذا كان بعد أن قبضه الما امتناع رده بسبب العيب أي حدث فيه عنده وتقدم أن الهالك لا يعري عن مقدمه تعيب فلو هلك الآخر بعده هلك بغير شيء لأنه تعين أنه أمانة أمالو هلك أحدهما قبل القبض أو تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بثمنه وان شاء ترك ولو هلك السك قبل القبض يبطل البيع (ولو هلك كاجتماعهما) بعد القبض (لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشروع البيع والامانة) فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر وكذا اذا هلك على التعاقب ولم يدرك السابق منهما وأمر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت السكميات فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلك على التعاقب فاختلغا في الهالك أو لا فادعى البائع أنه أكثرهما ثمناً وقال المشتري الاقل فان القول قول المشتري مع عينه على ما استقر عليه قول أبي يوسف ومحمد وكان أبو يوسف يقول ألا يتخالفان فإيهما نكسر لزمه دعوى الآخر وان حلفا يجعل كأنهما هلكا معا ثم يرجع الى ما ذكرنا من قول محمد وأيهما ين قبل فان أقاما قضى بينة البائع لاثباتها الزيادة ولو تعيما بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما وخيار التعيين على حاله فيمسك

كانت عندهما) أي زائدة على الثلاثة فان قيل ينبغي أن لا يجوز خيار التعيين في الزائد على الثلاثة عند أبي يوسف رحمه الله لأنه أخذ بالقياس في قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة ايام فلا بيع بينهما قلنا قوله ان لم ينقد الثمن الى أربعة ايام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد في خيار الشرط وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط لان في كل منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد في خيار الشرط واردا في خيار التعيين (قوله ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر لا مائة لا ممتنع الرد بالتعيب) فان قيل اذا طلق أحدى امرأتيه ثم ماتت احدهما فتعيبت الباقية للطلاق دون الهالكه وهنا يتعين الهالك للبيع قلنا قال القمى رحمه الله لا فرق بين المستثنين في الحاصل لان في الفصلين ما بهما للتملك على ملكه أما العبد فلانه يملك على ملكه حيث يتعين الباقي للرد وفي الطلاق كذلك ثم الهالكه على ملكه حتى تنعين الباقية للطلاق فكان الطلاق ههنا بمنزلة الرد هنا الآن الصحيح أن بينهما فرقا وهو أن العبد لا أشرف على الهالك خرج من أن يكون محل الرد لانه محجز عن رد ما اشترى كما اشترى فتعين العبد فيه وتعين الباقي للرد ضرورة وأما في الطلاق فان المرأة حين أشرفت على الهالك لا تبقى بحال وقوع الطلاق فلو وقع الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة ايام فهلك أحدهما عنده فانه لا يرد الباقي لان العقد تناو لهما جميعا ألا ترى أنه يملك تمام العقد فيهما بعد ما تعذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لقيسه من تقرير الصفة على البائع قبل تمام وهما العقد تناو أحدهما ألا ترى أنه لا يملك تمام العقد فيهما بعد ما هلك أحدهما أو تعيب كان له رد الباقي (قوله ولو هلك كاجتماعهما الخ) وانما قيد بقوله مع ما ذكرنا أنهما لو

قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء وهناك تجب القيمة عند الهالك أعجب بانه أقل من ذلك لان المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع وهذا ليس كذلك لانه لم يقبض الآخر ليشتره وقد قبضه باذن المالك فكان أمانة فان قيل كيف انعكس حكم المسئلة فيما اطلق الرجل إحدى امرأتيه أو أعق أحد عبيديه فماتت احدهما فان الباقية تنعين للطلاق دون الهالكه وكذلك في المعتاق أعجب بان المرأة اذا أشرفت على الهالك خرجت عن مجلسه ووقع الطلاق فتعيبت الباقية لذلك والشوب اذا أشرف عليه خرج عن مجلسه الرد لتعيبه فتعين لكونه مبيعا ولو هلك كاجتماعهما لزمه نصف ثمن كل واحد منهما لعدم أولوية أحدهما لكونه مبيعا فشاع البيع والامانة فيهما وأما اذا ذكر خيار الشرط فثبت له خيار الشرط وخيار التعيين لا يتوقف على الايام فله ان ردهما بخيار الشرط في الايام الثلاثة لانه أمين في أن يكون على حذف المضاف والقرينة القرينة

(قوله فكان التعيب اختياراً دلالة) أقول فيه بحث (قوله لانه لم يقبض الآخر ليشتره الخ) أقول ولو أي ليستديم اشتراؤه فان مقصوده استدانة اشتراؤه أحدهما وقد تعين ذلك الاحد بالتعيب في الآخر أمانة أقول أعجب بان المرأة اذا اشرفت على الهالك خرجت عن مجلسه ووقع الطلاق) أقول فيه نامل فان خروجها عن مجلسه ووقع الطلاق بالاشراف على الهالك غير مسلم

أحدهما فبرء بحكم الأمانة وفي الآخر مشترط شرط الخيار لنفسه فيمكن من رده فاذا مضت الأيام بطل خيار الشرط فلا يلزم ردهما وبقي له خيار التعيين فبرء أحدهما وان اختار أحدهما لزمه ثم لأنه عين المبيع فيه ولزمه وكان في الآخر أمينا فان ضاع عنده بعد ذلك لم يضمن ولو مات المشتري في الأيام الثلاثة بطل خيار الشرط وبقي الوارث خيار التعيين فله أن يرد أحدهما أو بطلان خيار الشرط فإما تقدم من أنه لا يورث وأما بقاء خيار التعيين فلاختلاط ملكه بملك الغير فان قبل هل عموم قوله من له الخيار فائدة قلت كأنه إشارة إلى أن خيار التعيين قد يكون للبائع فان الكرخي ذكر في مختصره أنه يجوز استحسانا قالوا واليه أشار محمد في المأذون لان هذا (٥٢٥) بيع يجوز مع خيار المشتري فيجوز

مع خيار البيع قبا ساعلى  
خيار الشرط وذ كرفي المبرد  
أنه لا يجوز لان هذا البيع  
مع خيار المشتري انما يجوز  
بخلاف القياس باعتبار  
الحاجة الى اختيار ما هو  
الأرقق بحضرة من يقع  
الشراء له وهذا المعنى  
لا يتأتى في جانب البائع لانه  
لا حاجة له الى اختيار الأرقق  
اذا المبيع كان معه قبل  
البيع فبرء جانب البائع  
الى مقتضى القياس ولم  
يذكره محمد فلا في بيع  
الاصل ولا في الجامع الصغير  
وتبين مما ذكرنا أن  
المبيع أحد الثوبين  
والآخر أمانة والتركيب  
الدال على ذلك حقيقة توس  
اشترى أحد الثوبين وقد  
اختلف نسخ الجامع الصغير  
كما ذكره المصنف في  
بعضها اشترى أحد الثوبين  
ولا يحتاج الى معذرة وفي  
بعضها تو بين وهو مجاز وأثبتها  
نفر الاسلام وقال في وجه  
المجاز أن كل واحد منهما  
لما حصل أن يكون مبيعا

ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لان الباقي خيار  
التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل قال  
أبي ما شاء بتمنؤي رد الآخر ولا يغرر من قيمة عيب المردود شيئا استحسانا لان العيب محل لابتداء البيع أيضا  
بخلاف الهالك ليس محل لابتداء فليس محل لتعيينه ولو كان البيع فاعدا فقبضهما فاحدهما مضمون عليه  
بالقيمة والآخر أمانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع الصحيح فانه يضمن نصف ثمن كل  
فان قيل من أين يتعين العيب للبيع دون الأمانة أو أحدهما لا على التعيين مبيع كما أن أحدهما لا على التعيين  
أمانة وامتناع الرد للعيب المعلق به فرع اعتباره أنه هو المبيع وفيه التحكم اذا اعتبر أنه المبيع ليس بأولى من  
اعتباره الأمانة أوجب بان اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث وهو البيع فانه سبب لاجاب الضمان ذكره  
القاضي عبد الغني في مختلفاته وأما عدم الضمان على الامين فباستصحاب الحال فان قيل لم يضمن الآخر اذا  
هلك نانية باعتباره أنه مقبوض على سوم الشراء الجواب يمنع أنه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة  
الشراء لاحدهما وليس هنا شيء على سوم الشراء لان ما على سوم الشراء لا يخرجه عقدا بل تعين الثمن فقط  
وهنا تجز تمام العقد فزوم بالضرورة ان قبض التعيين على أن أحدهما غير عين مبيعا وأحدهما غير عين  
أمانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب تعين الآخر للأمانة فان قيل لا شيء انعكس حكم  
طلاق إحدى الزوجتين وعقود أحد العبدين هنا حيث يتعين للطلاق والعقود الباقي لا الهالك وهنا يتعين  
الهالك للبيع أجاب على القمى بانه لا فرق في الحاصل لان الهالك مملوك على ملكه في المسائل كلها غير أنه اذا  
هلك كل من الزوجين والعبد على ملكه تعين الباقي بالضرورة للطلاق والعقود فاذا هلك العبد هلك على ملكه تعين  
الباقي للأمانة وأنت تعلم أن حقيقة السؤال أنه لا شيء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك  
جعل المحل للتصرف الباقي دون الهالك مع أن التصرف في الكل في الاحداث بين المعينات فلا بد من الفرق  
وهو أن العبد هنا ما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محل للرد بالوجه الذي قلناه من المختلفات فتعين  
العقد فيه تعين الباقي بالضرورة وحين أشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرج عن كونها محل للطلاق  
والعقود وهو التصرف فتعين الباقي لهما ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه  
بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما فانه يمنع عليه رد الآخر لان العقد تناولا لهما جميعا حتى ملكا تمام العقد  
فيهما فاذا تعذر عليه رد أحدهما لا يمكن من رد الآخر لولا فيه من تغريق الصفقة على البائع قبل التسام وهذا

قال (اشترى ثوبين) وقال غيره هو من باب اطلاق اسم الكل على البعض كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان أضاف الخروج اليهما وان  
كان يخرج من أحدهما

(قوله وأما اذا ذكر خيار الشرط) أقول معطوف على ما تقدم في هذا القول بنصف ورقة فتمت ما هو قوله فان لم يذكر فلا بد من توقيت  
خيار التعيين بالثلاث (قال المصنف لان الباقي خيار التعيين للاختلاط) أقول يعني لا للشرط ولهذا لا يتوقف في حق الوارث الخ فقوله ولهذا  
ايضاح لكون الباقي خيار التعيين الذي شرطه من له الخيار بل خيارا بشدائي كما سبق ولهذا لا يتوقف وهذا ظاهر لا متأمل فلا وجه لما قاله  
الاتقاني

قال (ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) رجل اشترى دارا بخيار الشرط (فبيعت دار أخرى بجنيها في مدة الخيار فأخذها بالشفعة فذلك الاخذ رضا) يسقط به الخيار لان أخذه بطاب الشفعة وطلبه الشفعة دليل على اختيار المالك لان طلب الشفعة لا يثبت الادفع ضرر الجوار والجوار يثبت باستدانة المالك واستدانة المالك تقتضي المالك ولا ملك مع الخيار فيسقط الخيار ويثبت المالك من وقت الشراء فكان الجوار ثابتا عند بيع الدار الثانية وهو موجب الشفعة وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة لان خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه ولا بد منه لاستحقاق الشفعة وأما عندهما فان المبيع يدخل (٥٦٦) في ملكه فيجوز له أن يأخذ بالشفعة ويسقط بذلك خياره لان الشفعة لدفع ضرر

(ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فيبعت دار أخرى بجنيها فأخذها بالشفعة فهو رضا) لان طلب الشفعة يدل على اختياره المالك فيها لانه ما ثبت الادفع ضرر الجوار وذلك بالاستدانة فيضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت المالك من وقت الشراء فيثبت أن الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة قال (واذا اشترى الرجلان عبدان على أنهما بالخيار فرضي أحدهما

العقد انما يتناول أحدهما حتى لا يملك اتمام العقد فيهما (قوله ومن اشترى دارا على أنه بالخيار) ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر عندهما (فبيعت دارا الى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا) بالمبيع فيسقط خياره واستدانة من هذا أن من اشترى دارا بالخيار له أن يشفع بها فيبائع بجنيها لان له الاجازة والرضا والشفعة بها رضا لانها تدل على اختياره للمالك فيما يشفع به (لانه) أي الشان (ما ثبتت) الشفعة (الادفع ضرر الجوار وذلك) أي ضرر الجوار يحصل (باستدانة) المالك حيث شفع دل على أنه مستقيم للمالك فيضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت المالك من وقت الشراء فيثبت أن الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه المذهب أبي حنيفة خاصة (لانه) القائل بان المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا يغيد الرضا بالمبيع فيبزم البيع فيثبت المالك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة أما على قولهما فلا حاجة لان ما قائلان بان المشتري بالخيار ملكها فتجبه له الشفعة بها والوجه أنهما أيضا يحتاجان الى زيادة ضمنية لان المالك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو منزل والشفعة لدفع الضرر المستتر فيمن شفع دل على قصد استبقاء المالك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك وفي المسوط على تقدير أنه لم يملكها على قول أبي حنيفة وعدم هذا التقرير قال لانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب فانما يستحقان الشفعة رتبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فان المشتري هناك لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اعتبر المأذون والمكاتب كلوا كيل عن السيد في الحال كان حسنا ورجع الاخذ بالشفعة الى سبب المالك هذا ولو كان خيار رؤية كان له أن يشفع في الدار بالمبيعة الى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى اذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لاسقط لانه معلق بالرؤية فبها هو عديم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وتكون الايدى خيار العيب بالاخذ بالشفعة به (قوله واذا اشترى الرجلان عبدان) مثلا (على أنهما بالخيار ورضي أحدهما بالمبيع) بطل خيار

أيهما شاء (قوله فتبين أن الجواز كان ثابتا) فان قيل لو كان هذا بطريق الاستناد لصح الاخذ بالشفعة للمشتري اذا كان الخيار للبائع قلنا المشتري بشرط الخيار له ولاية اثبات المالك باجازه المبيع ولا يتوقف على فعل غيره ولا كذلك اذا كان الخيار للبائع واعتبره بالاعتاق فانه ينفذ من المشتري اذا كان الخيار له واذا كان للبائع لا ينفذ اعتاق المشتري وان أجاز المبيع وذكر الامام شمس الأئمة السر حسي رحمه الله أما وجوب الشفعة للمشتري فواضع على مذهبهما لانه مال للدان المبيعة وأما عند أبي حنيفة فترحمه الله

الجار الدخيل والانسان لا يدفع ضرر الجار في دار يريدوها قال شمس الأئمة أما وجوب الشفعة للمشتري فواضع على مذهبهما لانه مال للدان المبيعة وأما عند أبي حنيفة فلانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانما يستحقان الشفعة وان لم يملك رقبته دارهما بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لان المشتري لم يصير أحق بالتصرف فيها ولو اشترى دار لم يرها فيبعت بجنيها دار أخرى فأخذها بالشفعة

لم يسقط خيار الرؤية لانه لم يسقط بصريح الاسقاط بدون الرؤية فكذلك بدلالته وسيأتي قال (واذا اشترى الرجلان عبدان على أنهما بالخيار ثلاثة أيام فرضي أحدهما دون الآخر

قال المصنف (ومن اشترى دارا الى قوله الى اختياره المالك) أقول لا يخفى عليك أن اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها بما أفلية أمم والغاير أن المراد بالاخذ القرب منه بطلبه (قال المصنف فيثبت المالك من وقت الشراء) أقول انما قال من وقت الشراء اذلا مرجح لاثبات المالك في الاوقات التي بعده حتى ينعين له (قوله لا يثبت الادفع ضرر الجوار) أقول يعني فلا بد من الجوار (قوله فيسقط الخيار ويثبت المالك الخ) أقول ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت المالك من وقت الشراء تنافيا لان سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجتمع المالك عند أبي حنيفة الخ

فليس

اللازم من هذا الدليل سقوط الخيار لطلب الشفعة بدون أخذها بما أفلية أمم

والغاير أن المراد بالاخذ القرب منه بطلبه (قال المصنف فيثبت المالك من وقت الشراء) أقول انما قال من وقت الشراء اذلا مرجح لاثبات المالك في الاوقات التي بعده حتى ينعين له (قوله لا يثبت الادفع ضرر الجوار) أقول يعني فلا بد من الجوار (قوله فيسقط الخيار ويثبت المالك الخ) أقول ولا يخفى عليك أن بين سقوط الخيار وثبوت المالك من وقت الشراء تنافيا لان سقوط الخيار يكون بعد ثبوته وثبوته لا يجتمع المالك عند أبي حنيفة الخ



فليس لا تخوان برده عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن رده) وكذا إذا اشترياه ورضي أحدهما بعيب فيه وكذا لو اشترياه ولم يرياه ثم رأياه (لهما أن أثبات الخيار لهما أثبات الخيار لكل واحد منهما) وكل ما هو ثابت لكل واحد منهما لا يسقط باسقاط صاحبه لمافي من إبطال حقه وفيه نظر لا لأناسلم أن أثبات الخيار لهما ما أثبات لكل واحد منهما ألا ترى أن من وكل وكيلين أثبت الوكالة لهما وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر له أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب فإن البائع قبل البيع كان متمكنا من الانتفاع متى شاء وبعده إذا رد البعض لا يمكن إلا ما به وأما الخيار ثبت (٥٢٧) نظر المن هو له على وجه لا يلحق الضرر منه

غيره وإنما قيد الضرر بالزائد لأن في امتناع الرد ضررا أيضا للراد لكن لما لم يكن من الغير بل لعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الأول فإن الضرر والحاصل من العسر أقطع وألحق من الحاصل من نفسه فإن قيل بيعه منه مراضا منه لعيب التبعض أجيب بأنه إن سلم فهو راضا به في ملكهما إلا في ملك نفسه فإن قيل حصل العيب في يد البائع بفعله لأن تفرق الملك انما هو بالعقد قبل القبض قلنا بل حصل بفعل المشتري برد نصغه والمشتري إذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن رده بحكم خياره لكن هذا العيب بعرض الزوال للمساعدة الآخر على الرد فإذا امتنع ظهر عـه (قوله وليس من ضرورة أثبات الخيار) جواب لهما وتقرره أن أثبات الخيار لهما ليس عين الرضا رد أحدهما وهو ظاهر ولا الرضا رد أحدهما لازم من لوازم أثبات

فليس لا تخوان برده) عند أبي حنيفة وقاله أن رده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما أن أثبات الخيار لهما ما أثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لمافي من إبطال حقه وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلورده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر راد وليس من ضرورة أثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما التصور اجتماعهما على الرد

الآخر (فليس له أن يرد عند أبي حنيفة رحمه الله وقاله أن يرد) وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية) بأن اشترى الرجلان شيئا فاطلعا على عيب ففرضي به أحدهما دون الآخر لم يكن لا تخوان رده عنده وعندهما له ذلك أو اشترى ياولم يوافي عند الرؤية يرضي أحدهما دون الآخر (لهما أن أثبات الخيار لهما ما أثباته لكل واحد منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه) حقه (وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلورده أحدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر راد) فإن البائع كان بحيث ينفع به متى شاء كيف شاء فصار بحيث لا يقدر على ذلك إلا بطريق المهايأة والخيار ما شرع للدفن الضرر عن أحدهما بالخيار الضرر بالآخر فإن قيل هذا الضرر حصل في ملك البائع قلنا ممنوع لأنه بعد خروجه عن ملكه فإن مع خيار المشتري يخرج المبيع عن ملك البائع فإن قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضى بهذا العيب أجيب أنه انما رضى به في ملكهما فإن قيل بل رضى به مطلقا لأن الخيار معلوم أنه قد يكون عند فسح وقد يكون عند ابرام فشرطه وضابط كل من الأمرين أجاب عنه المصنف بقوله (وليس من ضرورة) إلى آخره يعني لا يلزم من كونه شرط لهما أن يكون راضيا بفسح أحدهما لجواز كونه لرضا بفسحهما فإذا جاز هذا

فلانه صار أحق بالتصرف فيها وذلك بكيفية لا يستحقاق الشفعة فيها كلما ذون المستغرق بالدين والمكاتب إذا بيعت دار بجنب دارهما فانهما يستحقان الشفعة فيها وإن لم يملك دارهما وهذا بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري هناك لم يصير أحق بالتصرف فيها وذلك كالأمام التمر ناشئ رحمه الله اشترى دار لم يرها ثم بيعت دار بجنبها فطلب شفعته لم يطل خياره وهو المختار من الرؤية بخلاف خيار الشرط لأن دليل الرضا معتبر بصريح الرضا ولو قال رضيت يبطل به خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية كذا هنا وتذا يبطل خيار العيب بأخذ الشفعة (قوله وعلى هذا الخلاف خيار العيب) يعني اشترى الرجلان شيئا فاطلعا على عيب ففرضي به أحدهما بعيب فيه وكذلك خيار الرؤية بأن اشترى ياشيا لم يرياه ثم رأياه فراد أحدهما أن يرد ليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك (قوله فلورده أحدهما معيبا به) لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب وذلك لأن البائع بتقدير الرد لا يمكن من الانتفاع به إلا بطريق التهايب وكان قبل البيع متمكنا من الانتفاع متى شاء فإن قيل البائع رضى بالتبعض لمبااعة منهما قلنا انما رضى في ملكهما لا في ملك نفسه ولا يقال إن هذا العيب حدث في يد البائع لأن تفرق الملك ثبت بالعقد قبل القبض لا نأقول أنه وإن حدث في ملك البائع لكن انما حدث بفعل المشتري والمشتري إذا عيب المعقود عليه في يد البائع لم يكن له أن يرد بحكم خياره إلا أن هذا العيب

قال المصنف (فليس لا تخوان برده عند أبي حنيفة الخ) أقول لقاتل أن يقول لم يذهب أو حنيفة أنه إذا رد أحدهما فليس لا تخوان رضى وما الذي يترجى جهة الرضا على الرد (قوله وفيه نظر لا لأناسلم أن أثبات الخيار لهما) الخ أقول ولأن تقول لو لم يثبت لكل واحد منهما الخيار لما انعقد البيع في نصيب من رضى بالمبيع لكنه متعدد ولا كذلك الوكيلان فليأمل (قوله وليس لأحدهما أن يتصرف دون الآخر) أقول فيه أن ذلك أيضا لمافي من إبطال حق الآخر (قوله ضرر الراد) أقول أي المريد الرد (قوله لأن تفرق الملك انما هو بالعقد) أقول إن أراد تفرق الملك بين المشتريين فالمانع من الرد ليس كذلك وإن أراد تفرقه بين البائع والراضى فلا نسلم أنه بالعقد بل بفعل المشتري (قوله ليس له أن يرد الخ) أقول يعني وكذا لا يرد إذا كان الرد موقفا للعيب

الخيار لهما لتصور الانعكاس كالتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما قال (ومن باع عبدا على أنه خيار أو كاتب) رجل اشترى عبدا على أنه خيار أو كاتب فكان بخلافه بان لم يعلم من الخيار والكتابة ما يسمى به الفاعل خيارا أو كاتبا فهو بالخيار بين أخذه بجميع الثمن ويزوده الممتنع الرديسبب من الأسباب فان امتنع بذلك رجح المشتري على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية يقوم العبد كاتبا أو خيارا على أدنى ما يطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بمطلق الشرط لا النهاية في ذلك كما في وصف السلامة المستحق بمطلق العقد ويقوم غير كاتب وخيارا في نظر الرافعات (٥٢٨) ما بينهما فيرجع عليه بذلك أما رده فلا أن هذا الوصف وصف مرغوب فيه وهو ظاهر وهو احتراز عما

قال (ومن باع عبدا على أنه خيار أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء ترك) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ماضى به دونه

كان هو الظاهر والظاهر أن التصرف من العاقل اذا احتمل كلام من أمرين في أحدهما ضرر دون الآخر أنه انما أراد المحتل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فائدة (قوله ومن باع عبدا على أنه خيار أو كاتب) أي حرفته ذلك فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء تركه ولو لم يأت هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان من مقتضياته فكان شرطه اذ لم يكن فيه غير صحيح الاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا غير رغبة فهو جائز وما فيه غير رايح لا يجوز الا أن يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ليس مرغوبا فيه فعلى هذا يتفرع عما لو باع ناقة أو شاة على أنها حامل أو تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا للشافعي على الأصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بما حتى لو شرط أنها حامل أو شرط في الغرس أنه هملاج وفي السكب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولا به أمالوا واشتريه على أنها حامل فاختلف المشايخ فيه قبل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل يجوز لان الحمل في الجوارى عيب بخلاف البهائم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشتراطها ليتخذها طرا فشرط أنها حامل يعني ذكره غرضه ذلك للبائع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في وجودها عرف كانت كالناقة وان لم يرد ذلك جازحلا لقصد البراءة من عيب الحمل ومنه لو اشتراه على أنه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن أبي حنيفة في شرط الحمل في البقر والجرارية أنه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط أن أحلوبه لا يجوز بعرض الزوال بان يساعده الآخر على الرد فاذا انعدم ذلك ظهر عسله في المنع من الرد ولا معنى لما قالان في امتناع الرد ضرر على الراد لان هذا ضرر يلحقه بمجرد امتناع شرط الرد لا بتصرف من الغير (قوله ومن باع عبدا على أنه خيار أو كاتب) فان قيل مثل هذا الشرط مفسد للبيع كولو باع شاة على أنها حامل أو باعها على أنها تحلب كذا فان البيع فيه وفي أمثاله فاسد مع أنه وصف مرغوب فيه قلنا الفرق بينهما ظاهر لان الحمل في البهائم زيادة وهي زيادة مجهولة لا يدري أن انتفاخ بطنها من ريج أو ولد أو أن الولد حي أو ميت والمجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا وكذلك ان شرط أنها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدري لعل الشرط باطل يعني أن اشتراط مقدار من المبيع الذي ليس في وسع البائع تحصيله ولا طريق له الى معرفته كان شرطا مفسدا للعقد حتى لو اشترط أنها حامل أو لبون ذكر الطحاوي وجه الله أن هذا الشرط لا يفسده العقد لما أن هذا الشرط وصف مرغوب فيه وكذلك قوله على أنه خيار أو كاتب من قبيل بيان الوصف لامن قبيل بيان الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه ولمعرفة سبيل للبائع كما اذا اشترى فرسا على أنه

ظاهر وهو احتراز عما ليس مرغوب فيه كما اذا باع على أنه أعور فاذا هو سليم فإنه لا يوجب الخيار وكل ما هو وصف مرغوب فيه يستحق في العقد بالشرط لانه لرجوعه الى صفة الثمن أو الثمن كان ملائما للعقد ألا ترى أنه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر فلا يكون مفسدا له ونوقض بما اذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فان البيع فيه وفي أمثاله فاسد والوصف مرغوب فيه وأجيب بان ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول وضم المعلوم الى المجهول يصير الكل مجهولا ولهذا لا يفسد لكونه وصفا مرغوبا فيه ذكره الطحاوي سلمناه لكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا الى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه فان له أن يأمره بالخبر والكتابة فيظهر حاله وأما انتفاخ البطن ففسد

وهذا

يكون من ريج وعلى تقدير كونه ولدا لا تعلم حياته وموته ولا سبيل الى معرفته واذا ثبت ذلك ففواته يوجب التخيير

لان المشتري ماضى بالمبيع دون ذلك الوصف فيختار ولا يفسد العقد لان هذا الاختلاف أي الذي يكون من حيث فوات الوصف المرغوب فيه هنا راجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف كما اذا اشترى شاة على أنها حية فاذا هي حل فصار الاصل ان الاختلاف الحاصل بالوصف ان كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الأغراض كان راجعا الى الجنس كما اذا باع عبدا فاذا هي جارية ويفسد به العقد وان كان مما لا يوجب كان راجعا الى النوع كذا كمران المثال فلا يفسده لكنه يوجب التخيير لفوات وصف

(قوله سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع الخ) أقول لا يظهر فائدة هذا القيد فليست أم

وهذا يرجع الى اختلاف النوع اعلمه التفاوت في الاعراض فلا يفسد العقد بعده بمنزلة وهو الذي كورة  
والا فوثقة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها  
شي من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

السلامة وما اخذه بجميع  
الثمن فلان الاوصاف  
لا يقابلها شي من الثمن  
لكونها تابعة في العقد  
تدخل من غير ذكر على  
ما عرف فيها تقدم والله أعلم

لان المشروط هنا اصل من وجه وهو اللين قال محمد في مسئلتنا فان قبضه المشتري ووجهه كاتبه او خبازا على  
أدنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون له حق الرد ومعه انه ان وجد منه أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز  
أعني الاسم الذي يشعر بالحرفة فان فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيأ سيرا ناقصا في  
الوضع او يخرقه قدر ما يدفع عنه الهلاك باكله واذا لم يجده كذا كروا متنع الرد بسبب من الاسباب ورجع  
المشتري على البائع بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتبه او غير كاتبه بجمع بالتفاوت وعن أبي حنيفة  
لا يرجع بشي لان ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعدو الرد في خيار الشرط لا بوجوب الرجوع  
على البائع فكذا هذا والعصم ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البائع يحجز عن تسليمه وصف السلامة  
كافي العيب ولو اختلف المشتري والبائع بعدمه فقال المشتري لم أجده كاتبه وقال البائع سلمته اليك كاتبه  
واكتنه نسى عندك والمدة تتحمل أنه ينسى في مثلها قال القول للمشتري والاصل في هذا أن القول لمن تسلك  
بالاصل وان العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الاصلية أصل وشهادة النساء بانفرادهن  
فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تبادت بؤيدوان لم تتأيد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لاني الزام الخصم اذا عرف  
هذا فاذا اختلفا قبل القبض أو بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف وقال البائع هو بهذا الوصف للحال  
يؤمر بالخبر والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا لم يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك  
وان قال البائع سلمته بوا نسي عندك والمدة تتحمل ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرد لان  
الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية  
على أن يكرهم اختلاف قبل القبض أو بعده فقال البائع بكر للحال وقال المشتري ثيب فان القاضي يربها للنساء  
فان قلن بكر لزم المشتري بلا عيب البائع لان شهادتهن تبادت هنا يؤيدلان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت  
حق الغسخ بشهادتهن لان الغسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتأيد بؤيدوا لكن يثبت حق الخصومة

هملاج أو كبا على أنه صائد فانه يجوز كذا ههنا واصله أن هذا الوصف لما كان وصفا مفرغوا بفيه واعرفته  
سبيل بان يامره بالخبر والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف المبيع بانه على هذا الوصف المرغوب لا  
على وجه الشرط فكذلك ذكر ذلك الوصف على هذا التقدير ولو كان شرط ما يقتضيه العقد لان العقد  
يقتضي أن يكون المبيع والتمتع معلوما بماله من الاوصاف وذكر الشرط اذا كان مما يقتضيه العقد لا  
يفسد المبيع على ما يأتي تفصيل الشروط التي تفسد العقد والتي لا تفسد في باب البيع الفاسدان شاء الله  
تعالى ثم المستحق في هذا العقد بهذا الشرط أدنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز فان وجدته لا يعرف من  
ذلك مقدار ما يسمى الفاعل به كاتبه او خبازا كان للمشتري الرد فان امتنع الرد بسبب من الاسباب ورجع  
المشتري على البائع بحصته من الثمن لانه فات عليه شرط مرغوب فيه في يوم العبد كاتبه او خبازا عن أدنى  
ما ينطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بالشرط ويقوم غير كاتبه او خبازا في نظر الى تفاوت ما بين ذلك فرجع  
بقدره وروى الحسن عن أبي حنيفة وجهها الله أنه ليس للمشتري أن يرجع على البائع ههنا بشي لان  
ثبوت الخيار للمشتري انما كان بالشرط لا بالعقد وتعدو الرد في خيار الشرط لا بوجوب الرجوع للمشتري  
على البائع بشي ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح واذا اشترى جارية من غير شرط طبخ ولا خبز وهي  
تحسن ذلك ففسدت في يد البائع رد هالان الجارية بالعقد صارت مسخرة على الصفة الموجودة وصار  
الاستعانة بحكم الوجوه كالا مستحقا بحكم الشرط (قوله بمنزلة الذي كورة والا فوثقة في الحيوانات) مثل الفرس  
والبقرة والغنم بخلاف الا فوثقة والذي كورة في بني آدم فانها تورث فيهم اختلاف الجنس الفحش التفاوت

\*(باب خيار الرؤية)\*

قدم خيار الرؤية على خيار العيب لكونه أقوى منه اذ كان تأثيره في منع تمام البيع وتأثير خيار العيب في منعه لزوم الحكم قال القدرى من اشترى شيئاً لم يره فالبيع جائز معناه أن يقول الرجل لغيره بعثك الثوب الذى فى كى هذا وصفته كذا أو الذرة التى فى كى هذه وصفتها كذا أو لم يذكر الصفة أو يقول بعث منك هذه الجارية المنتقبة فإنه جائز عندنا وله الخيار اذا أراد وعند الشافعى لا يجوز وكذا العيب الغائب المشار الى مكانه وليس فى ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمي والمكان معلوم باسمه والعين معلومة قال صاحب الاسرار لان كلامنا فى عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة لكان البيع جائزاً أى بالاجماع قال الشافعى المبيع مجهول والمجهول لا يصح بيعه كالبيع بالرقم

❖ (باب خيار الرؤية) ❖

قال العلامة الكاشي  
في المبسوط الإشارة اليه  
والى مكانه شرط الجواز حتى  
لو لم يشر اليه أو الى مكانه  
لا يجوز بالاجماع انتهى  
أقول في كون الإشارة الى  
المبيع أو الى مكانه شرط  
جواز سمي بالاجماع كلام  
فتأمل

**\* (باب خيار الرقبة) \***

قال {ومن اشترى شيئا فاليوم جائز له الخیار اذا رآه ان شاء آخذه} بجميع الثمن (وان شاء رده)

لتوجهه اليين على البائع اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة والخصومة حق ضعيف لانها ليست بمعسودة لذاتها بخلاف ان تثبت بشهادتهن فيحلف البائع بالله اقدس لمثلها يحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله اقدس بعثا وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري وروى عن أبي يوسف محمد في رواية انها ترد بشهادتهن قبل القبض بلامين من البائع وان لم يكن عند القاضي من النساء يشقهن لا يحلف البائع لان العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليين على البائع فتلزم الجارية على المشتري الى أن يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعثا ومثلها اليك وهي بكر وزالت بكارتها في يدك فالقول قوله لان الاصل هي البكارة ولا يرهبها القاضي النساء لان البائع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك واعلم انه اذا شرط في البيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا لما شرطه وضابطه ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والشياب أجناس أعنى الهروري والاسكندري والمصري والكائن والعقل والذكر مع الانثى في بني آدم جنسان وفي سائر الحيوانات جنس واحد والضابط جنس التفاوت في الاغراض وعدمه فان اشترى ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا أو هندي فوجده مرييا أو كنان فوجده قفطانا أو أبيض مصبوغ بعصر فاذا هو برعفران أو دارا على أن بناءها آجر فاذا هو لبن أو على أن لا بناء ولا نخل فيها فاذا فيها بناء أو نخل أو أرضا على أن جميع أشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة أو على انه عبد فاذا هو حار ية أو فصاعلى أنه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى جارية على أنها مولدة السكوفة فاذا هي مولدة بغداد أو غلام على انه تاجر أو كاتب فاذا هو لا يحسنه أو على انه غفل فاذا هو خصي أو عكسه أو أنها بغلة فاذا هو بغل أو ناقه فكان جلا أو لحم معز فكان لحم ضأن أو على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة أو حمارا أو بعير فاذا هو أنان أو ناقه أو جارية على انها رعاء أو حبلى أو وثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة أفضل من الصفة المشروطة وينبغي في مسئلة البعير والناقه أن يكون في العرب وأهل البوادي الذين يطلبون الدر والنسل أما أهل المدن والمكارية فالبعير أفضل ولو باع دارا بما فيها من الخدوع والخشب والابواب والغنبل فاذا ليس فيها شيء من ذلك

\*(باب خيار الرؤية)\* \*

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم والازوم بعد التمام والاضافتمن قبيل  
 اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية (قوله  
 ومن اشترى شيئاً ولم يبيع جاز له الخيار اذا رآه ان شاء اخذه بجميع الفمن وان شاعرده) سواء رآه على  
 الصفة التي وصفته او على خلافها مثل أن يشتري جراباً فيه أبواب هريرة أو زيتاً في زق أو حنطة في غرارة  
 من غير أن يرى شيئاً ومنه أن يقول بعثك درة في كى مفعها كذا أو ثوباً في كى صفته كذا وهذه الجارية  
 وهي حاضرة فمتعقبه فله الخيار اذا رأى شيئاً من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم  
 يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالإجماع انتهى لكن اطلاق الكتاب يقتضى جواز البيع سواء سمى جنس  
 المبيع أو لا سواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستورا ولا مثل أن يقول بعث منك مافي كى بل عامة

**\* (باب خيار الرقبة) \***

(قوله ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز) اذا اشترى الرجل ز يتافى زق أو برای جوالق أو ديرة في حقة أو ثوباً في كم أو قناعاً على أنه موجود في ملكه ولم ير المشتري شيئا من ذلك صح البيع عندنا وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذوه وان شاء رده قال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد لانه اشترى شيئا مجهولاً لفانصا و كملو باع عبداً من

**وقال**

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه) وهو نص في الباب فلا يترك بلا معارض فان قيل هو معارض بحديث حكيم ابن حزام وهو انه قال قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك والمراد (٥٣١) ما ليس بمري للمشتري لا اجتماعا على ان

المشتري اذا كان قد رآه

فالعقد جائز وان لم يكن

حاضرا عند العقد قلنا بل

المراد النهي عن بيع

ما ليس في ملكه بدليل قصة

الحديث فان حكيم بن

حزام رضى الله عنه قال

يا رسول الله ان الرجل يطلب

منى سلعة ليست عندي

فابيعها منه ثم ادخل السوق

فاستخسدها فاشترى بها

فاسلمها اليه فقال عليه

الصلاة والسلام لا تبع

ما ليس عندك وقد اجعنا

على انه لو باع غنينا مريئلا

بملكه ثم ملكه فلم يجوز

وذلك ليس واضح على ان

المراد به ما ليس في ملكه

والمعقول وهو ان الجهالة

بعدم الرؤية لا تقضي الى

المنازعة مع وجود الخيار

فانه اذا لم يوافقه رده ولا

تراع ثمة يقتضى خياره

وانما اقصت اليها لو قلنا

بانبرام العقد ولم نقل به

فصار ذلك كجهالة الوصف

في المعائن المشار اليه بان

اشترى ثوبا المشار اليه غير

معلوم عدد ذرعا فانه

يجوز لكونه معلوم العين

وان كان ثمة جهالة لكونها

لا تقضي الى المنازعة

وعورض بان البيع نوعان

بيع عين وبيع دين وطريق

المعرفة في الثاني هو الوصف

وهو المشاهدة اذا تراخى

وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد

واجب بان المعارضة ساقطة

وقال الشافعي لا يصح العقد أصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تقضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده

المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الاثمة وغيره كصاحب الاسرار والخيرة بعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه أصلا كان يقول بعثك شيئا بعشر فوق قول المصنف (وقال الشافعي لا يجوز العقد أصلا) هو فيما لم يعلم جنسه قولا واحدا انه لا يجوز وأما فيما سمي جنسه وصفتة على ما نقل في شرح الوجيز والحلية أنه يجوز على قوله القديم وعلى قوله الحديث لا يجوز وعن مالك وأحمد مثل قولنا واختاره كثير من أصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان بن عفان وطاهر بن عيسى الله عنهما وذكر المصنف في وجه قوله ان المبيع مجهول مقتصر اعليه يعني وكل ما كان كذلك لا يجوز بيعه لثبته صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيته عن بيع ما ليس عند الانسان وما ذلك الا لجهالة قلنا أما النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد منه ما ليس في الملك اتفاقا لا ما ليس في حوزة ملكه شرطا في هذا البيع كون المبيع مملوكا "بائع فقتضينا عهده وأما بيع الغرر فلفظه يفيد أنه غيره وذلك ليس الا بان يظهر له ما ليس في الواقع فينبى عليه فيكون مغرورا بذلك فيظهر له خلافه فينضربه وكيف كان فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بان النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه ونقطع بان لا ضرر فيما أجزنا من ذلك انما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا رآه فاما اذا أوجبنا له الخيار اذا رآه فلا ضرر فيه أصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البائع والمشتري فانه لو كان له به حاجة وهو غائب وأوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته بتعاقبات يذهب فيسأومه فيه آخر وأفتى شره منه فكان في شرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عند رؤيته محض مصلحة لكل من العاقدين من غير حقوق شيء من الضرر فاقى بتناوله النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصلحة العباد قطعاً فكان مشروعا قطعاً فوجب أن يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي يوجب ضرر المشتري والنهي قطعاً ليس الا لذلك فظهر ان كلامنا من الحديثين لم ينف ما أجزناه فكان نفيه قولاً بلا دليل وكفانا في اثباته المعنى وهو انه مال مقدور التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان جائزا ويبقى الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر وهو ما رواه ابن أبي شيبة والبيهقي مرسلان ثنا اسمعيل بن عباس عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه والمرسل متهمة عند أكثر أهل العلم وتضعف ابن أبي مريم بحجته عند الله لا ينفى علم غير المضعين بها وقد روى هذا الحديث أيضا الحسن البصري وسليمان بن الحقيق وابن سيرين وهو روى ابن سيرين أيضا وعمل به مالك وأحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن أبي مريم فدل قبول العلماء على ثبوته والحق أن عمل عبيده وهذا ان المقصود من شراء العين مالبته ولهذا لا يرد على ما ليس بحال والمالية في الاوصاف ولهذا تزداد وتنقص بها وهي مجهولة لانها تعرف بالرؤية فصارت كجهالة العين وهي مفسدة فكذلك جهالة الوصف ولنا العمومات المجوزة بلا قيد للرؤية فلا تزداد للرؤية عليها لانها كالنسخ وفي المشاهير انه عليه السلام قال من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه حقق الشراء وبني عليه حكما وهو الخيار ولان المبيع معلوم العين مقدور التسليم فصح بيعه كالمري وهذا لان الخلاف في أمة قائمة بين أيديهم ما منت قبسة ولا شك أن عينها معلومة بالاشارة اليها لانها أبلغ اسباب التعريف وكذا اذا أشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غير هافا كونها أمته ولم يلو كنهه فانما يعرف باخبار البائع اياه لانها وان رقت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وقد أخبر به وانما بقي بعدم رؤيته وجهها الجهل ببعض صفات الوجه وهو أولى من فوات بعض

عبيده وهذا ان المقصود من شراء العين مالبته ولهذا لا يرد على ما ليس بحال والمالية في الاوصاف ولهذا تزداد وتنقص بها وهي مجهولة لانها تعرف بالرؤية فصارت كجهالة العين وهي مفسدة فكذلك جهالة الوصف ولنا العمومات المجوزة بلا قيد للرؤية فلا تزداد للرؤية عليها لانها كالنسخ وفي المشاهير انه عليه السلام قال من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه حقق الشراء وبني عليه حكما وهو الخيار ولان المبيع معلوم العين مقدور التسليم فصح بيعه كالمري وهذا لان الخلاف في أمة قائمة بين أيديهم ما منت قبسة ولا شك أن عينها معلومة بالاشارة اليها لانها أبلغ اسباب التعريف وكذا اذا أشار الى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غير هافا كونها أمته ولم يلو كنهه فانما يعرف باخبار البائع اياه لانها وان رقت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البائع وقد أخبر به وانما بقي بعدم رؤيته وجهها الجهل ببعض صفات الوجه وهو أولى من فوات بعض

وفي الاول المشاهدة ثم ما هو طريق الى الثاني اذا تراخى عن حالة العقد فسد العقد فكذلك ما هو طريق الى الاول وهو المشاهدة اذا تراخى فسد

واجب بان المعارضة ساقطة

(قوله فان قيل هو معارض الخ) أقول فيه كلام لان النهي يقتضى المنع وعبه

لان السلم انما لا يجوز وعند ترك الوصف لا قضاء الجهالة الى المنازع ومما نحن فيه ليس كذلك (قوله وكذا اذا قال) تغربح على مسئلة القنوري  
يعني كما أن له الخيار اذا لم يقل رضيت (٥٣٢) فكذا اذا قال ذلك ولم يره ثم رآه لان الخيار معلق بالرؤية بالحديث الذي رويناه

فصار كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه (وكذا اذا قال رضيت ثم رآه أن يرد) لان الخيار معلق بالرؤية لما  
روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا يقتضي الحديث

من ضعف ابن أبي مريم على وفق حديثه ينبغي على أن العمل على وفق الحديث هل هو تصحيح له وهي مسئلة  
مختلفة بين الأصوليين والمختلأ لا مالم يعلم أن عمله عن الحديث وقدر روى الحديث أيضا فروعا واه أبو حنيفة  
عن الهيثم عن محمد بن سنان عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه  
ورواه الدارقطني من طريق أبي حنيفة إلا أن في طريقه إلى أبي حنيفة عن محمد بن إبراهيم الكندي نسب إلى  
وضع الحديث هذا ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن  
العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية بمن أفراد المعنى المجازي وهذا الوجود مسائل اتفقا لا يكتفي بالرؤية  
فيما مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ  
عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيئا اشتراه فوجده متغيرا لأن تلك الرؤية تغيب معرفة المقصود إلا أن  
وكذا اشتراء الاعبي يثبت له الخيار عند الوصف له فاقم فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف (فصار كجهالة  
الوصف في المعايين المشار اليه) يعني فيما لو اشترى ثوبا بشار اليه لا يعلم عدد ذراعائه يريد تشبيهه بذلك في مجزأ  
ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا  
المبيع فيبقى الغائب مجرد علم الوصف وقوله (وكذا اذا قال رضيت) إلى آخره أي وكذا له الخيار اذا رآه يعني اذا  
قال رضيت كائنا ما كان قبل الرؤية ثم رآه أن يرد لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية بتحقيق قال فهو  
بالخيار اذا رآه والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الخ  
جواب عن مقدر وهو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا أجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لم  
مع استواء نسبة التصرفين في تعاقبهما بالشرط في الحديث ولا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب أن  
المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشيء قد ثبت بأسباب كثيرة  
فالحدث لمعلق الخيار بالرؤية ثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها لان معنى الخيار أن له أن يجيز وان  
يفسخ ثم لم تثبت الاجازة بسبب آخر فيبقى على عدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو  
العيب قائم قبل الرؤية فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا طلع غلب رضاه بالعيب قبل ذلك وأما  
الفسخ فثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه أن يفسخه بالضرورة  
كالعار يتو اللودبعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله مسلك الطحاوي في  
عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التعقيد فيه اختلاف المشايخ منهم من منع وانه لا روية فيه

الأوصاف كالسمع والبصر وغيرهما ولا يمنع الجواز وان كان يمنع لزوم العقد فكذا هذا (قوله فصار  
كجهالة الوصف في المعايين المشار اليه) بان اشترى ثوبا ولم يعلم عدد ذراعائه وخيار الرؤية انما يثبت في كل عقد  
ينفسخ بالرد كالاجارة والصنع عن دعوى مال والقسمه والشراء وما أشبه ذلك من العقود التي تنفسخ برده ولا  
يثبت خيار الرؤية في كل عقد لا ينفسخ برده كاللحم وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص وما أشبه ذلك من  
العقود التي يكون الردود مضمونا بنفسه لا بما يقابلها لان الرد في هذه المواضع لا يفيد لانه بالرد لا يرتفع العقد  
وقيام العقد وجب معاينة العين فاذا قبضه برده أيضا فيؤدي الى ما لا ينتهي (قوله وحق الفسخ قبل الرؤية  
بحكم أنه عقد غير لازم) جواب سؤال بان يقال لو لم يكن له خيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل  
الرؤية وله أن يفسخ العقد قبلها افتقار حق الفسخ قبلها لعدم لزوم العقد لا يقتضي الحديث وهذا لان

والمعلق بالشيء لا يثبت  
قبله لئلا يلزم وجود الشرط  
بدون الشرط ولانه لو لم  
العقد بالرؤية قبل الرؤية  
امتناع الخيار عندها وهو  
ثابت بالنص عندها فإدى  
الى ابطاله فهو باطل (قوله  
وحق الفسخ) جواب سؤال  
تقريره لو لم يكن له الخيار  
قبل الرؤية لما كان له  
حق الفسخ قبل الرؤية لانه  
من نتائج ثبوت الخيار له  
كالقبول فكان معلقا بها  
فلا يوجد قبلها وتقرر  
الجواب ان حق الفسخ بحكم  
انه عقد غير لازم لانه لم يقع  
منه مجاز فسخه لو شاء فيه  
ألا ترى ان كل واحد من  
العاقدين في عقد اللودبعة  
والعارية والوكالة ذلك  
الفسخ باعتباره عدم لزوم  
العقد وان لم يكن له خيار  
لا شرطا ولا شرعا بخلاف  
الرضا فانه ثابت بمقتضى  
الحديث فلا يجوز ان يأنه  
على وجه يؤدي الى بطلانه  
كإسرا نفا وفيه نظر لان  
عدم لزوم هذا العقد باعتبار  
الخيار فهو ملزم للخيار  
والخيار معلق بالرؤية لا  
يوجد بدونها فكذا ملزم  
لأن ما هو شرط للارزم فهو  
شرط للارزم

(قوله وفيه نظر لان عدم  
لزوم هذا العقد باعتبار

الخيار) أقول بل ذلك لعدم وقوعه منه مال وهاء فيه على ما فصله المصنف غاية ما في البيان أن عدم  
الانترام باعتباره ثبت له الخيار عند الرؤية وهذا لا يستلزم عدم وجوده بدونه فليتامل (قوله والخيار معلق بالرؤية لا يوجد بدونها الخ) أقول  
هذا أيضا منوع على ما ينبغي في الصفحة القابلة أن المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر

ولان

(قوله ولان الرضا بالشئ) جواب سؤال آخر وتحقيقه ان الامضاء الرضا بالشئ (لا يتحقق قبل العلم باوصافه) لان الرضا استحسان الشئ واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور وأما الفسخ فانه ما هو لعدم الرضا وهو (٥٣٣) لا يحتاج الى معرفة المحسنات لا يقال

عدم الرضا لاستقباح الشئ واستقباح ما لم يعلم ما يبعثه غير متصور ولان عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدله من انتقاء احتياجه الى المبيع أو ضياع عنه أو استغلائه فلا يلزم الاستقباح ذكر في المحسنة ان جواز الفسخ قبل الرضا لا رواية فيه ولكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم لا يصح قياسا على الاجازة وقال بعضهم يصح دون الاجازة وهو تخار المصنف قال (ومن باع ما لم يره) من ورث شيئا فباعه قبل الرضا به صح البيع ولا خيار له عندنا وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه لا يختص بخيار المشتري بل اذا وجد البائع الثمن زيافته بالخيار ان شاء جوزه وان شاء رده كالمشتري اذا وجد المبيع معيبا لكن العقد لا يفسخ برد الثمن وينفسخ رد المبيع لانه أصل دون الثمن وبخيار الشرط فانه يصح من الجانبين كما تقدم (وهذا) أي الخيار للبائع انما هو باعتبار (ان لزوم العقد بتمام الرضا والا) أي من جهة البائع (وثبوتنا) أي من جهة المشتري (وتتمام الرضا لا يتحقق الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية) فان

ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية بخلاف قوله رددت قال (ومن باع ما لم يره فلا خيار له) وكان أبو حنيفة يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا والا وثبوتنا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية

وأما قول المصنف (ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية) فلو لم يزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضا بالمبيع قبل رؤية العيب ثم ان فسخ الفسخ قبل الرؤية أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية وقولكم عدم لزوم سبب آخر قبل الرؤية قلنا نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة التي هي الخيار بالرؤية فقبله ثبتت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم رفعه عند ما ثبتت قدرة الفسخ والاجازة معا وعلم ان خيار الرؤية ثبت في اربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجازة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمه وعرف من هذا انه لا يكون في الدين فلا يكون في المسلم فيه ولا في الاثمان الخالصة بخلاف ما لو كان البيع اناه من أحد النكدين فان فيه الخيار ولو تباعا معا مقيضة ثبت الخيار لسلك منها ومحل كل ما كان في عقد يفسخ بالفسخ لا مالا يفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لمسا لوجوب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه بوجوب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية بتمنه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت يفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط علم البائع عند أي خنيعة ومحمد خلافا لابي يوسف كاهو خلافا في الفسخ في خيار الشرط (قوله ومن باع ما لم يره) بان ورث عينان من الاعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يراها فلا خيار له وكان أبو حنيفة يرضى انفسه يقول أولاه الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه ثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيادة (وخيار الشرط) فانه يجوز لهما ولو اقتصر على خيار العيب كان اقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتماس ما هو بعض المبيع عند البائع فمكان بسبيل من ترك حقه أو أخذ به باخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع وهو العلم التام بالمبيع غير أنه جوزه متأخر المصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال (وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا والا) يعني في حق البائع (وثبوتنا) في حق المشتري (ولا يتحقق ذلك) أي تمام الرضا (الا) بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية (يخالف انه قياس بجما مع عدم الرضا بالمبيع على البتات وهو تعليل بالعدم

الفسخ يعتمد عدم لزوم العقد والعقد هنا قبل الرؤية تغيير لازم لتكن الخلل في الرضا اذهو عبارة عن الاستحسان واستحسان الشيء مع الجهل باوصافه لا يتحقق واللزوم يعتمد تمام الرضا وتتمامه بالعلم باوصاف هي مقصودة وانما تصير معلومة بالرؤية فلذا لا يعتبر قوله رضى قبل الرؤية ولانه لو لم يزم العقد بالرضا قبل الرؤية للزم امتناع الخيار بتقدير الرؤية والخيار ثابت بتقديرها بالحديث فسادى الى ابطاله يكون باطلا وهذا لانه حينئذ يوجد رؤية المعقود عليه خالي عن الخيار وقد أثبت الشارع الخيار عند رؤيته بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان الفسخ يخرج العين عن أن تكون معقودا عليها فلا يوجد بعده رؤية المعقود عليه خالي عن الخيار والرضا بالعيب قبل رؤيته انما يصح لان سببه هو العيب وكون المبيع معيبا سابقا على الرضا فاعتبر بوجود سبب الخيار والذي هو العيب وهنا السبب الرؤية يثبت الخيار قبلها (قوله اعتبارا بخيار العيب) بان وجد البائع الثمن زيفا كان له الخيار ان شاء يجوز وان شاء يرد ولا يفسخ العقد الا في المقايضة (قوله زوالا) أي في جانب البائع وثبوتنا أي في جانب المشتري حتى لا يزول ملك البائع الا برضاه ولا يثبت الملك للمشتري الا برضاه (قوله ولا يتحقق ذلك) أي تمام الرضا

قال المصنف (ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق) أقول فيه أن عدم العلم باوصافه غير مفروض فان غير المرتضى قد يعلم بالتوصيف ويجوز أن يقال المراد هو العلم الشخصي باوصافه



بالرؤية يحصل بالاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة (فلم يكن البائع راضيا بالزوال) فيكون العقد غير لازم من جهته فله الفسخ (وجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء فلا يثبت دونه) كما تقدم فان قيل البائع مثل المشتري في الاحتياج لتسام الرضا فليحق به دالة واجب بانهما ليسا بسيين قبل ان الردم من جانب المشتري باعتباره كان بطنه غير انما اشترى فيرده لغوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد له باعته بآوان المبيع ازيد مما طن فصار كالمبيع باع عبدا بشرط انه معيب فذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار واذ لم يكن في معناه لا يحق به قبل المعلق بالشروط يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر وههنا وجد القياس على المشتري والخيار بن فليجز من البائع واجب بانه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه لكن القياس على (٥٣٤) مخالفة الاجماع باطل وتحكيم جبير بن عثمان وطلحة كان معضرا من الصحابة رضي

الله عنهم اجمعين ولم ينكره أحد فكان اجماعا على ما ذكر في المتن فبطل الاختاق لدلالة وقفا ساو لهذا ورجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث قال (ثم خيار الرؤية غير موقت) قبل خيار الرؤية بوقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه لانه خيار يتعلق بالاطلاع على حال المبيع فاشبه الرد بالعيب والاصح عندنا انه باق مالم يوجد ما يبطله لانه ثبت حكما لاتعدام الرضا فيبقى الى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا ثم ما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ولم يذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه والضابط في ذلك ان المشتري بالخيار اذا فعل في المبيع ما يعجز به مرة ويحل في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار والا لبطلت فائدة الخيار لانها امكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان فان لزمه البيع بفعل ما يعجز به

فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لمار وينا فلا يثبت دونه وروى عن عثمان بن عفان باع أرضا له بالبرصة من طلحة بن عبيد الله فعيّل لطلحة انك قد غبت فقال لي الخيار لاني اشتريت مالم أراه وقيل لعثمان انك قد غبت فقال لي الخيار لاني بعث مالم أراه فحكى بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك معضرا من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية بغير موقت بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية

وحاصله أن ثبوت خيار لعدم تمام الرضا باحكام العقد فكذا هنا وروى عليه من الاصل أعني خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه أن يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما الا اذا سكتا عنه فليزمن حينئذ فكذا هنا وليس الواقع هذا الظهور واختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم يختلفا فالاصل معدول عن القياس فلا يقاس عليه فلذا حقه أن يرجع وذكر للمرجوع اليه وجهين أحدهما (انه معلق بالشراء لمار وينا فلا يثبت دونه ولا يخفى انه نفي الحكم بغيره) الشرط اذا حصل انتفاء الحكم لاتتفاء الشرط والثاني ما أخرجه الطحاوي ثم البقي عن علقمة بن أبي وقاص ان طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالا فعيّل لعثمان انك قد غبت فقال لعثمان لي الخيار لاني بعث مالم أراه وقال طلحة رضي الله عنه لي الخيار لاني اشتريت مالم أراه فحكى بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان والظاهر أن مثل هذا يكون معضرا من الصحابة رضي الله عنهم لان قضية تجري فيها التخالف بين رجلين كبيرين ثم انهما حكما فيها غيرهما فالغالب على الظن شهرتهما وانتشار خبرهما فحين حكم جبير بذلك ولم يرو عن أحد خلافة كان اجماعا سكتا ويطاها (قوله ثم خيار الرؤية بغير موقت) بوقت خلافا لما ذهب اليه بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار لا يتوقف (بل يبقى الى أن يوجد ما يبطله) (ما يبطل خيار الشرط من تعيب) يعني بعد الرؤية (أو تصرف يبطل خيار الرؤية) بقيد تفصيل نذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصله

(قوله انه معلق بالشراء) فلا يثبت دونه لان الخيار ان ثبت للبائع فاما أن يثبت لمار وينا أو بدلالته أو بحديث آخر لا يجوز الاول لانه معلق بالشراء فكيف يثبت في البيع ولم يرو حديث آخر في البيع وهو ليس في معنى الشراء لثبت الحكم فيه دالة ولان المشتري بطنه غير انما اشترى فيرده لغوات الوصف المرغوب فيه والبائع لو رد له باعته بآوان المبيع ازيد مما طن فصار كالمبيع باع عبدا بشرط انه معيب فذا هو سليم فانه لا يثبت للبائع خيار (قوله وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية) والاصل فيما يبطل خيار الشرط أن كل فعل باشر المشتري في المشتري بشرط الخيار وهو فعل يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك بحال فلاشتغله به أول مرة لا يكون دليل الاختيار حتى لا

أول مرة كانت فائدة الخيار ويعلم من هذا انه اذا فعل ما لا يعجز به أو عجز به لكنه لا يحل في غير الملك بحال ثم أو يعجز به ويحل في غير الملك لكن فعله مرة ثانية كان دليل الاختيار فعلى هذا اذا اشترى جارية لخدمته بالخيار فاستخدمها مرة لم يبطل خياره لانه مما يعجز به ويحل في غير الملك في الجملة فاستخدمها مرة ثانية في ذلك النوع من الخدمة كان اختياره للمالك لعدم الحاجة اليها والحصول الامتحان بالاولى ولو وطنها بطل خياره لانه وان كان مما يعجز به لان صلاحها الوطء فلا يعلم بالنظر لكن لا يحل الوطء في غير الملك فكان اختياره (قوله فاشبه الرد بالعيب) أقول فيه نامل (قوله والضابط في ذلك) أقول يعني أن الضابط فيهم مما ذكر الى قوله ويعلم (قوله ويحل في غير الملك في الجملة) أقول يعني بأجرة المالك

قبل يشكل على هذا الكلى مسئلتان احدهما انه لو اشترى دارا لم يرها فبعث بغيرها دارا فخذها بالشفعة لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية وبطل خيار الشرط والثانية اذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع بطل خيار الشرط ولا يبطل خيار الرؤية والمسئلتان في فتاوى قاضخان وأجيب بان الاصل فيهما هو ان خيار الرؤية لا يبطل بصرح الرضا قبل الرؤية لما ذكرنا فلا يبطل بدليل الرضا بالطريق الاولى لانه دون ثم لاخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضا فلا بد للشفعة لان خيار الرؤية يوقفه نظر لانه ليس بدافع والحق ان الاشكال ليس بوارد لانه قال وما يبطل خيار الشرط من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية وهو ليس بكلى مطلق بل مقيد بان يكون تعيبا أو تصرفا يعنى في المبيع والاخذ بالشفعة والعرض على البيع ليسا معا فلا يكونان واردين ثم التصرف الذى يبطل خيار الرؤية على ضربين تصرف يبطله قبل الرؤية وتو بعدها وتصرف لا يبطله قبل الرؤية ويبطله بعدها فاما الاول فهو الذى لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير والذى يوجب حقا للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط والمبيع بخيار الشرط للمشتري والرهن والاجارة (٥٣٥) وهذا لان هذا التصرف يعتمد الملك

وملك المتصرف في العين قائم فصادف الحمل ونفذ وبعد نفوذه لا يقبل الفسخ والرفع فتعذر الفسخ وبطل الخيار ضرورة وكذلك يتعلق حق الغير مانع من الفسخ فيبطل الخيار حتى لو افكك الرهن أو مضت مدة الاجارة أو ورد المشتري عليه بخيار الشرط ثم آراه لا يكون له الرد وفيه بحث من وجهين أحدهما ما قيل ان بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لحكم النص الذى روينا والثاني ان هذه التصرفات اما أن تكون صريح الرضا ودلالته وكل واحد منهما لا يبطل الخيار قبل الرؤية فكيف أبطلته وأجيب عن الاول بان ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص وهذه التصرفات لصورها عن أهلها مضافة الى محلها انعقدت بحجة وبعد عنها لا يمكن رفعها

ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاتفاق والتدبير أو تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية وتو بعدها لانه لما لم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد بقوله (ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) للمتصرف (كالاتفاق) للعبد الذى اشتراه ولم يره (وتدبيره) أو تصرفا يوجب حقا للغير (كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخصوص الحق فيه للمشتري وقوله (كالبيع المطلق) انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لان به لا يخرج المبيع عن ملكه كالهبة مع التسليم (والرهن والاجارة يبطل خيار الرؤية) سواء وجدت بعد الرؤية أو قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار) ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا آراه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعى علمه اذا آراه وحاصله تقدير يخص بالعقل (وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار) للبائع (والمساومة وهبة بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية) لانه لو أبطل الخيار كان يسقط خياره وكل فعل لا يحتاج اليه للامتحان أو يحتاج اليه للامتحان الا أنه لا يحصل في غير الملك بحال فانه يكون دليل الاختيار وذلك لانه متى فعل فعلا يحتاج اليه للامتحان ويحصل في غير الملك وجعل دليل الاختيار وسقط خياره أول مرة لا يفيد الخيار فائدة لان فائدة شرط الخيار امكان الرد فلو لم يره البيع بفعل الامتحان أول مرة يفوت فائدة الخيار اذا ثبت فنقول اذا اشترى جارية على أنه بالخيار فاستخدمها مرة لا يبطل خياره لان الاستخدام يحتاج اليه للامتحان وأنه يحصل بدون الملك في الجلة فلم يكن الاشتغال به دليل الاختيار فيبقى على خياره بخلاف مال وطنها حيث يبطل خياره وان كان الوطء محتاجا اليه للامتحان لانها تشتري للوطء ولا يعلم كونها صالحة للوطء بالنظر اليها وانما كان كذلك لان الوطء تصرف لا يحصل بدون الملك بحال فكان الاقدام عليه اختيار للمالك حتى لا يقع وطؤه في غير الملك ولا كذلك الاستخدام فانه يحصل في غير الملك وان استخدمها مرة أخرى فان كان في النوع الذى استخدمها في المرة الاولى كان اختيار للمالك لان الكرة الاخرى في ذلك النوع غير محتاج اليه للامتحان والعرض على البيع والتعجيل والممس عن شهوة وليس الثوب مرة أخرى وركوب الدابة مرة أخرى كل ذلك يسقط الخيار لما أنه غير محتاج اليه للامتحان أولا يحصل في غير الملك (قوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه) الى أن قال يبطله قبل الرؤية وتو بعدها فان قبل لو بطل

فيسقط الخيار ضرورة وعن الثاني بان دلالة الرضا لا تروى على صريحه اذ لم تكن من ضرورات صريح آخر وهذا الدلالة من ضرورة صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم بحال وأما الثاني فهو الذى لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار لنفسه والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطل الخيار قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا أى لا يزيد عليه وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية فدلالة أولى يعنى (قوله قبل يشكل على هذا الكلى الى قوله والثانية اذا عرض الخ) أقول ولما أن تقول هما أيضا يبطلانه بعد الرؤية وذلك يكتفى في صحة الكاية فانه لم يقبل يبطل خيار الرؤية مطلقا (قوله والعرض على البيع) أقول لانسلم أن العرض على البيع ليس من التصرف في المبيع والسند ما يذكره المصنف من جعل المساومة منه (قوله مانع من الفسخ) أقول أى فسح البائع استقلالاً (قوله لا يمكن رفعه) أقول مطلقا أو من التصرف مستقلا (قوله وعن الثاني بان دلالة الرضا) أقول والجواب عن الثاني عندى أن يقال ليس بطلان الخيار هنا دلالة الرضا أو صريحه بل ضرورة تعذر فسح من التصرفات على ما يدل عليه سياق كلام المصنف (قال المصنف البيع بشرط الخيار والمساومة) أقول قال



وعملته أن يعرض بالتبذير فيكون برؤية واحدة منها إلا إذا كان الباقي أرد أمراً أي فينبذ يكون له الخيار وإن كان تتفاوت أحادها كالتياب والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجو والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي أن يكون مثل الخططة والشعر لكونهم متقاربة إذا ثبت هذا فنقول النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكمل يعرض بالتبذير وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو الكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والأول هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجلس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة الغنبة لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن ذلك هو المعروف للمقصود

عورة العبد والامة اللذين يريد أن يشترهما جاوز في صحة بيع الصبرة النظر إلى كل حصة منهما ولا تأفل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود فإذا رآه جعل غير المرئي تبعاً للمرئي فإذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبع إذا عرف هذا انبنى عليه أن من نظر إلى وجه الخيارية أو العبد اشتراه فرأى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنهما أو ظهرهما أو سائر أعضائهما إلا الوجه فإن له الخيار إذا رأى وجههما لكان سائر الأعضاء في الاماء والعبيد تبسج للوجه ولذا تتفاوت القيمة إذا فرس تفاوت الوجه مع تساوي سائر الأعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤية غيره مما هما وهو المروى عن أبي يوسف وقيل لا يسقط ما لم يرقوا ثمها ونقل صاحب الأجناس عن المجرى عن أبي حنيفة في الدابة إذا رأى عنقه أو ساقها أو فخذه أو جنبها أو صدرها ليس له خيار الرؤية وإن رأى خوارها أو ناصيتها فلا خيار وعن محمد يكتفي الوجه اعتباراً بالعبد وفي رواية المعلية عن أبي حنيفة يعتبر في الدواب عرف الخمار وفي شاة اللحم لا بد من الجلس) بالبدن لا يكتفي بالرؤية ما لم يحسها (لأن المقصود اللحم وفي شاة الغنبة لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لأن ذلك هو المعروف للمقصود) فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا إذا رأى وجه الثوب مطوياً بالان البادي يعرف ما في العلى فالشرط فتحه لتضرر البائع بتكسره وبه نقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه الأهم الآن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم ثم قبل هذا في عرفهم أمان في عرفنا فالمر باطن الثوب لا يسقط خياره لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر في المبسوط الجواب على قول زفر وفي البساط لا بد من رؤية جميعه ولو نظر إلى ظهوره المكعب لا يبطل خياره ولو نظر إلى وجهه دون المصير يبطل قيل وينبغي أن ينظر إلى المصير في زماننا لتفاوته وكونه مقصوداً وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها إلا إذا كانت البطانة مقصودة بأن كان فيها فرو وأمالو سادة المحشوة إذا رأى ظاهرها فإن كانت محشوة مما يحشى بها مثلها يبطل خياره وإن كان مما لا يحشى به مثلها فلا خيار له إذا كان المبيع واحداً (فإن دخل في البيع أشياء فإن كانت الأحاد لا تتفاوت كالسكيل والموز وعلمته) أي علامة لا تتفاوت أحاده (أن يعرض بالتبذير فيكون برؤية واحدة منها) في سقوط الخيار (إذا كان الباقي أرد أمراً أي فينبذ يكون له الخيار)

فيبضر البائع بالنكسار ثوبه بالنشر والعلية على تقدير اشتراط رؤية جميع أجزائه وفي الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل حصة من حبات الخططة (قوله وعلمته) أي علامة الشيء الذي لا يتفاوت أحاده النموذج بالفض والنموذج بالضم تعريب غونه كذا في المغرب وذكر في النخسيرة والسكيل والموزون نظير العدديات المتقاربة يكتفي فيه برؤية البعض إذا كان في وعاء واحد بخلاف إذا كان في وعاءين فرأى ما في أحد الوعاءين اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق إذا رضى بما رأى يبطل خياره في السكيل إذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى أو فوقة أما إذا وجد منه فهو على خياره ولكن إذا أراد لرد السكيل وهو الصحيح (قوله والجوز والبيض من هذا القبيل) أي من القبيل الذي يتفاوت أحاده لأنه يختلف بالخمر والكبر فلا تكون رؤية البعض دليلاً على الباقي وكان ينبغي أن يكون مثل الخططة والشعر لتقارب أحاده

(والنظر إلى ظاهر الثوب مطوياً مما يعرف البقية إلا أن يكون في طيه ما كان مقصوداً كموضع العلم) وإذا نظر إلى وجه الآدمي بطل الخيار لأنه هو المقصود به في العبد والامة وسائر الأعضاء تبسج له ألا ترى أن تفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء وإذا نظر إلى الوجه أو الكفل في الدابة بطل الخيار لانها مقصودان في الدواب هذا هو المروى عن أبي يوسف رحمه الله وشرط بعضهم رؤية القوائم لانها مقصودة في الدواب فإن كان السكيل والمسوزون والعددي المتقارب في وعاءين فرآها في أحدهما فإن كان ما في الآخر مثل ما رأى أو فوقة بطل الخيار وإن كان دونه فهو على الخيار لسكن إذا ردد السكيل لتفاوته المعقودة إذا اشترى شاة فلما أن تكون اللحم والنعيسة أي الدر والنسل في الأول لا بد من الجلس لأن المقصود انما يعرف به وفي الثاني لا بد من رؤية الضرع وفي المطعومات لا بد من الذوق لأنه المعروف للمقصود

(قال ومن رأى من الدار فلا

خياره) روى به من الدار  
أخباراً روى بها أخبار  
البيستان من خارج تسقط  
خيار الرؤية لأن كل جزء  
من أجزاءها متعذر الرؤية  
كما تحت السرور وبين  
الحيطان من الجذوع  
والأسطوانة وحيت تسقط  
شرط رؤية الشكل فأنما  
رؤية ما هو المقصود من  
الدار مقام رؤية الشكل فإذا  
كان في الدار بيتان شتويان  
وبيتان صيفيان يشترط  
رؤية الشكل كما يشترط رؤية  
من الدار ولا يشترط  
رؤية المطبخ والمزلة والعلو  
الافي بلديكون العلوة مقصودا  
كافي سمرقند وقال زفر رحمه  
الله وهو قول ابن أبي ليلى  
لا بد من دخول داخل البيوت  
والاصح ان جواب الكتاب  
أي القدوري على وفاء  
عادتهم بالكوفة أو بغداد  
في الابنية فانها تختلف  
بالضيق والسعة وفيما وراء  
ذلك يكون كصفة واحدة  
وهذا يصير معلوما بالنظر الى  
جدرانها من خارج فاما  
اليوم برديها روى فلا  
بد من الدخول في داخل  
الدار للتفاوت في مالبة  
الدور بقله مراعاتها وكثيرها  
فالنظر الى الظاهر لا يوقع  
العلم بالباطن وهذه نكتة زفر

(قوله يشترط رؤية الشكل)

أقول هذا كلام بعض  
المشايخ على ما علم من معراج  
الرواية ثم أقول كلام  
الشارح في هذا المقام مخالف

المشروح

قال (وان رأى من الدار فلا خياره وان لم يشاهد بيوتها) وكذلك اذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار  
البيستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح أن جواب الكتاب على وفاء عادتهم في  
الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت والنظر الى  
الظاهر لا يوقع العلم بالداخل

يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في البنابيع وفي الكافي اذا كان أرداه الخيار لانه انما رضى بالصفة  
التي رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق انه في بعض  
الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف  
لا يوصله الى اسم المعيب بل اللون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى مالم يره فلم يرضه حتى ذكره المصنف به عيباً ثم أراه  
المبيع في الحال (وان كانت آحاده متفاوتة كالشباب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد) لكن  
على الوجه الذي ذكرنا أعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد (والجوز والبعض من هذا القبيل فيما ذكر  
الكرخي) قال المصنف وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير كونه امتقاربة) وبه صرح في المحيط وفي  
المجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكبل اذا كان في وعاء واحد اما اذا كان في وعاءين أو أكثر  
اختلفوا في شايخ العراق على أن رؤية أحدهما كقراءة الشكل ومشايخ بلخ لا يكفي بل لا بد من رؤية كل وعاء  
والصحيح أنه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له أن ما في الوعاء الآخر مثله أو أجوداً ما اذا  
كان أرداه وعلى خياره وان كان مما يتفاوت آحاده كالبطايطخ والزمان فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط  
خياره في الباقي ولو قال زفر وشيخنا أسقطت خياره في شراء الرحي بالانه لا بد من رؤية الشكل وكذا السرج  
بأدائه ولبيده لا بد من رؤية الشكل (قوله وان رأى من الدار فلا خياره وان لم يشاهد بيوتها) وكذا اذا رأى  
خارج الدار ورأى أشجار البيستان من خارج لان النظر الى جميع أجزائها متعذر فلا يمكن النظر الى ما تحت  
السرور الى ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفي برؤية المقصود منها (وعند زفر لا بد من دخول البيوت والاصح  
ان جواب الكتاب على وفق عادتهم في الابنية) في السكوفة فان دورهم لم تكن متفاوتة) وأما في ديارنا (فلا بد  
من الدخول داخل الدار) كما قال زفر (لتفاوت الدور) بكثره المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر الى بعضها  
وهو الصحيح وهذا لا يفيد الآن بقل وكل من ذلك مقصود وعلى هذا ما ذكرنا من أنه لا يشترط رؤية العلو  
الافي بلديكون العلوة مقصودا كافي سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزلة على خلاف بلادنا بدار مصر  
وشرط بعضهم رؤية الشكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق وأما  
ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية قروص الاشجار أو رؤية خارجها فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية  
وقال المقصود من البيستان باطنه فلا يكفي برؤية ظاهره وفي جامع فاضل لا يكفي برؤية الخارج وروى  
الاشجار انتهى وفي الكرم لا بد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيئاً وفي الزمان لا بد من رؤية الحلو  
والحامض ولو اشترى دهننا في زجاجة فزقته من خارج الزجاجة لا يكفي حتى يصبه في كفة عند أبي حنيفة لانه  
لم ير الدهن حقيقة فلو جود الحائل وعن محمد يكتفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد  
موافق لقول أبي حنيفة وفي الغصنة لو نظرت في المرآة قرأ أي المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما رأى عينه بل مثاله  
ولو اشترى سم كافي الماء يمكن أخذه من غير اصطفاة فراه في الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع  
وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو فلهذا الرؤية لا تعرف

فموت المال جمعه فنوا وقنوه وأقنيتة اتخذته لنفسه قنية أي أصل مال للنسل لا التجارة كذا في المغرب (قوله  
فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار) وفي المحيط والخبرة وبعض مشايخنا قالوا في الدور يعتبر رؤية  
ما هو المقصود حتى أنه اذا كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيتا مطبخ يشترط رؤية الشكل كما  
يشترط رؤية من الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزلة والعلو الا في بلديكون العلوة مقصودا كافي سمرقند

قال

(قوله فيما اذا قال امرتك بقبضه) أقول فلا يسقط الخيار

وناقص وهو أن يقبضه وهو مستور (قوله هذا) إشارة إلى تنوعه بالنوعين وبيانه (أن تمام القبض بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الرؤية) لأن تمامها تنافي في المزمع بحيث لا يرتد الإبراء أو قضاءه وخيار الرؤية والشرط عنعان عن ذلك وإذا ظهر هذا قلنا الموكل ملك القبض بنوعيه وكل من ملكه بنوعيه ملكه وكذا كذا عند إطلاق التوكيل علما بطلانه فإن لا تسلم ذلك فإن التوكيل إذا قبضه قبضا ناقصا ثم رآه فأسقط الخيار قصد الم يسقط والموكل لو فعل ذلك يسقط الخيار فليس التوكيل كالموكل في القبض الناقص لا بحالة أجاب المصنف رحمه الله بأن التوكيل إذا قبضه مستورا انتهى (٥٤٠) التوكيل بالقبض الناقص فبقى أجنبيا فلا يملك إسقاطه وفي هذا الجواب تعرض الرد

وناقص وهو أن يقبضه مستورا وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا التوكيل متى قبض الموكل وهو براءه يسقط الخيار فكذا التوكيل لا إطلاق التوكيل وإذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك إسقاطه قصد بعد ذلك بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام الصفقة فتم القبض مع بقاءه وخيار الشرط على هذا الخلاف

وخيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل هذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاما (وناقص وهو أن يقبضه مستورا) وإذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية بالاستلزام تمام الصفقة ولا يتم دونه (ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا أو كذا لا إطلاق التوكيل) بخلاف ما إذا أسقط الخيار قصد بأن قبضه مستورا ثم رآه فأسقط الخيار لأن قبضه (مستورا انتهى التوكيل) بالقبض (الناقص فلا يملك) التوكيل بعد ذلك (إسقاطه) لا تنقضاء ولا يتم ونقصه يستلزمين لم يتم التوكيل مقام الموكل فيهما أحدهما أن التوكيل لو رأى قبض القبض لم يسقط برؤية الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فابطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل واجيب بأن سقوط الخيار بقبض التوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا بتجريد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه انما يثبت على القول بأن مجرد مضى ما يمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وائس هو بالصحيح وبعين الجواب الأول يقع الفرق في السئلة الثانية لأنه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء التوكيل بالقبض الناقص وقوله (بخلاف خيار العيب لأنه) يثبت مع (تمام الصفقة) لأنه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الغائب ضمن القبض مع بقاء الخيار ولذا كان له أن يرد المبيع وحده فيما إذا اشترى شيئين وقوله في الكتاب الأمن عيب قال نخر الاسلام يحتمل الأمن عيب لم يعلمه التوكيل فان كان علمه يجب أن يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه ابو جعفر ولم يسلم مسئلة خيار العيب والصواب عندنا أن لا يملك التوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون عناء علم ولم يعلم وقوله (وخيار الشرط على هذا الخلاف الخ) يعني

أن يقبضه وهو براءه وهو يسقط الخيار لدلالتة على الرضا ونقص بحيث يرد عليه النقص وهو أن يقبضه مستورا وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا وهذا لأن تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لأن تمامها يكون بتمام الرضا ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملك نوعي القبض فكذا التوكيل لأنه ملكه الموكل ما ملكه ولكن على البطلان لا على الشمول لأن الاقظم مطلق لاعام فاذا قبضه وهو ينظر اليه بطل الخيار فيقتضي تمام القبض كقبضه الموكل وهو ينظر اليه وإذا قبضه مستورا فقد اختار الناقص فأنهت الوكالة بالناقص وتعين ذلك للتوكيل فلا يملك إسقاطه قصد بعده لصيرورته أجنبيا عذبه بخلاف خيار العيب فإنه لا يبطل بقبض التوكيل في الصحيح لأنه لا يمنع تمام الصفقة فتم القبض مع بقاءه وباقتضاء التمام كان يبطل الخيار وقد عدم (قوله وخيار الشرط على الخلاف) ذكر القدر وري أنه لو اشترى شيئا على أنه بالخيار

قياسهما على الاسقاط القصدي والى رد قولهما دون اسقاط الخيار وتقريره أنه لم يتوكل باسقاط الخيار قصدا أو ضمنا أو لأول مسلم ولكن اسقاط الخيار في القبض التام ثبت للتوكيل في ضمن المتوكل به وهو القبض حتى لو رأى قبل القبض لم يسقط به الخيار بخلاف الموكل وكمن شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا والثاني ممنوع فان من توكل بشئ توكل بما فيه لان ما لا يتم الواجب الابه فهو واجب وقوله (بخلاف خيار العيب) جواب عن قولهما فصار كخيار العيب فإنه لا يمنع تمام الصفقة حيث لا يرتد الإبراء أو قضاءه ولا يمنع تمام الصفقة لا يمنع تمام القبض ولهذا ملأ الرد المبيع خاصة بعد القبض ولم يجعل تغريقا للصفقة لان تغريق الصفقة قبل تمامها ممتنع ولما يمتنع ههنا دل أنها كانت تامسة وهو من موضحات ذلك أن خيار العيب لثبوت حق المطالبة بالجزء الغائب وذلك للموكل

ولم يصدر التوكيل بالقبض لا سقاطه ولا يستلزمه فلا يملكه التوكيل وخيار الشرط لا يصلح مقياسا عليه لأنه على هذا الخلاف ذكر القدوري أن من اشترى شيئا على أنه بالخيار فوكل وكذا قبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف ولو سلم بقاء الخيار فالموكل لا يملك القبض التام لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط والخيار لا يسقط بقبضه

(قوله وهذا إشارة إلى تنوعه بالنوعين) أقول ولعله إشارة إلى كون القبض وهو براءه تاما نامل (قوله والثاني ممنوع فان من توكل بشئ الخ) أقول لو صح هذا المزمع أن لا ينتهي التوكيل بالقبض الناقص كلام على السند الاخص فلا يجدي نفعاً



لان الاختيار وهو المقصود بالخيار لا يكون الا بعد القبض فكذا وكيله وقيد بالتام لان الموكل بملك الناقص فان القبض مع بقاء الخيار ناقص  
كمانه قبل الرؤية ناقص والرسول ليس كالموكل فان اتهم ما أرسل به ليس اليه تبليغ الرسالة كالرسول بالعقد فانه لا يملك القبض  
والتسليم قال (ويبيع الاعمى وشراؤه جائز) يبيع الاعمى وشراؤه جائز عندنا (وله) (٥٤١) الخيار وقال الشافعي رحمه الله ان كان

بصيرا فعمى فكذا الجواب  
وان كان أكمه فلا يجوز  
بيعه ولا شراؤه أصلا لانه  
لا علم له بالالوان والصفات  
وهو محجوج بمعاملة الناس  
العميان من غير تكبير وان  
من أصله ان من لا يملك  
الشراء بنفسه لا يملك الأمر  
به لغيره فاذا احتاج الاعمى  
الى ما يأتى كل ولا يتيه كمن من  
شراء المأكل كولا ولا التوكيل  
به مات جوعا وفيه من القبح  
ملا يخفى ولنا انه اشترى  
مالم يره ومن اشترى شيئا  
لم يره فله الخيار بالحديث  
وقد قررنا من قبل وفيه  
نظر لان قوله عليه الصلاة  
والسلام لم ير سلب وهو  
يقتضى تصور الايجاب وهو

(قوله لان الاختيار) أقول  
التابع بالباء بنقطتين بعد  
التامين والاختيار بالياء  
النقطة بنقطة تخاتمة بعد  
الناء من الخبر قال المصنف  
(ويبيع الاعمى وشراؤه  
جائز وله الخيار) أقول فيه  
بحث فان الخيار معلق  
بالرؤية ولا يثبت قبلها كما  
سلب الآن واد بالخيار حق  
لعمى مجازا والحق ان يجاب  
بأن المراد بالرؤية العلم  
بالمقصود مجازا اعلى ما قالوا فلا  
اشكال الآن قوله اذا اشترى  
بأى عن هذا نوع اباه فليتم

ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا  
لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا  
كان رسولا في البيع قال (ويبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى) لانه اشترى مالم يره وقد قررنا  
من قبل (ثم يسقط خياره بحسبه المبيع اذا كان يعرف بالحس وبشبهه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا  
كان يعرف بالذوق) كفاي البصير (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصفه) لان الوصف يقيم مقام  
الرؤية كفاي السلم وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لآراء وقال قد رضيت سقط

وخيار الشرط لان نص فيه فلنا ان غنمه فيكون على الخلاف ذكره القدوري وهو رواية الهندواني لان  
القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجوده يغير الغنم فلا يتم القبض مع ذلك كخيار الرؤية بعينه  
(ولئن سلم) انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح (فالموكل لا يملك التام منه) فاذا فرضنا ان التام لا يكون معه  
خيار الغنم فلا يملكه الموكل (بخلاف الرسول) بالبيع والشراء فانه لا يملك شيئا من القبض لا التام ولا  
الناقص لانه لم يؤمر بالقبض بل بأداء الرسالة ولذا لا يملك التسليم أيضا وصور الارسل في البيع تقدمت  
اوائل كتاب البيوع وصورتها بالشراء ان يقول قل فلان انى اشتريت منك كذا وكذا بعين كذا وكذا (قوله  
ويبيع الاعمى وشراؤه جائز) بانفاق الائمة الثلاثة وقال الشافعي لا يجوز الا في السلم والشراء عندى لفة الحجاز  
ويقتصر لاهل نجد (وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى مالم يره) فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث  
السابق من اشترى مالم يره فله الخيار اذا رآه (وقد قررنا من قبل) في أول الباب ولان الناس تعارفوا ومعاملة  
العميان ببيع وشراء والتعارف بلان تكبير أصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين (ثم يسقط خياره بحسبه  
المبيع اذا كان يعرف بالحس) كالشاة (وبشبهه اذا كان يعرف بالشم) كاطيب (وبذوقه اذا كان  
يعرف بالذوق) كالسمل وقوله (كفاي البصير) ظاهر في ان البصير اذا لم ير المبيع ولكن شممه فقط وهو مما  
يعرف بالشم كالسمل ونحوه فرضي به ثم رأى فلا خيار له (ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصفه) في  
جامع العتاي هو ان يوقف في مكان لو كان بصيرا لآراء ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن ايقافه في ذلك المكان  
ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف (لان  
الوصف قد أقيم مقام الرؤية كفاي السلم) ومن أنكره الكرخي وقال وقوفه في ذلك الموضع وغيبه سواء  
في انه لا يستغيبه علما (وعن أبي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لآراء العقار وقال رضيت سقط

فوكل وكلا بالقبض فقبضه بعدما رآه فهو على الخلاف ولئن سلم وهو الاصح فالوكل قائم مقام الموكل والموكل  
لوقبض المبيع في خيار الشرط وهو يراه لا يبطل خيار الشرط فكذا من يقوم مقامه اذا قبضه وهو يراه وهذا  
لان الخيار شرع للاختيار وذات اثر ويؤثر في التأمل فيه بعد القبض حتى اذا استحسنه أخذه وان استقبه تركه  
وهذا يقول بطلان الخيار بتقدير القبض وبخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه التبليغ الرسالة وصار  
معبر اياه للمرسل فكان الى المرسل اتساعه فاما الموكل هو الذي فوض اليه التصرف ليعمل برأيه ولهذا يجوز  
سلب اسم الموكل عن الرسول قال الله تعالى قل لست عليكم بوكيل (قوله ولهذا لا يملك القبض) أى قبض  
التمن (قوله ويبيع الاعمى وشراؤه جائز) وقال الشافعي رحمه الله لا يبيع شراؤه لانه لا يجوز شراء مالم يره  
وقيل ان كان بصيرا فعمى فهو كالبصير عند الشافعي رحمه الله وان كان أكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه أصلا  
لانه لا يعرف لون الاشياء وصفها (قوله كفاي السلم) أى اذا رأى رب السلم المسلم فيه لا يكون له خيار الرؤية

(قوله وفيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام لم يره سلب) أقول فيه بحث لان التصور لا يستلزم التحقق الا يرى أن قولنا شريك البارى ليس  
بوجود في الخراج صادق ويمتنع وجود الموضوع فيه والاولى ايراد النظر في قوله عليه الصلاة والسلام فله الخيار اذا رأى فان اذا استعمل في  
التحقق فليتم فان المراد بالرؤية العلم بالمقصود هل ماصرحوا



أولاً لأنه متاخر عن المبيع لئلا يلزم تكرار النسخ وبأن الرد كما كان غير ممكن لأن رد أحد الثوبين لا يكون رد الآخر لأنه اشتري ثوبين لأحدهما والرد إنما يصح إن لو كان ذلك المردود على الحالة الأولى قبل النسي عن تفريقهما مطلقاً وقد قدّم بمقابل التمام فيكون متروكاً للظاهر ومثله مرجوح والجواب أن النسي إنما هو عن التفريق والتقييد بمقابل التمام بالقياس على ابتداء الصفقة فانه إذا أوجب المبيع في شئين لآعماله المشتري القبول في أحدهما لما فيه من الاضرار بالبائع لجرى بان العادة فيما بين الناس بضم الرديء إلى الجيد وترويضه بالجيد فإذا علم أن المانع من رد أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام يندفع ما استشكل بالاستحقاق فإن من اشترى ثوبين فاستحق أحدهما لا رد الباقي وفيما نحن فيه إذا رد أحدهما فلا بد من رد الآخر أيضاً لأن فيما نحن فيه رد أحدهما واجب تفريق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم مع بقاء خيار الرؤية وفي فصل الاستحقاق لم تنفرد على المشتري قبل التمام بل تمت فيما كان ملك البائع غير معيب بعيب الشركة حتى لو كان المبيع عبداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً كما في خيار الرؤية والشرط لأن الشرط لا يوجب تفريق الصفقة قبل العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكسلاً أو موزناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخبر لأن الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخبر لتفريق الصفقة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيباً في مسألة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرد وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لأن التمام قبل القبض وهذا المعنى في تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الأكبر وذلك أن في تفريقها ثبوت ضررين دائماً غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج أحدهما إلا بالآخر لوجود أحدهما ورداءة الآخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بطلان مجرد قوله إذا أزمناه ردهما: وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه متى رد الشكل بطل حقه عن اليد وضرر البائع هو هدمه إذ قد يبيع المردود بثمن جيد

فبقى الخيار فيما لم يرد ثم لا يرد وحده بل يردهما كى لا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام وهذا الان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخام الأصل

أحدهما ليست رؤية لئلا تخلو تفاوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يرد وحده (ثم لا) يتمكن من رده وحده (فردهما) ان شاء (كى لا يكون تفريقاً للصفقة) على البائع (قبل التمام وهذا الان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) تخيار الشرط بدليل انه أن يفسخه (بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخام الأصل) لعدم تحقق الرضاء قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قبض مال الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما لا يرد الباقي وهذا في خيار الشرط برداً لآخر إذا رد أحدهما بعد القبض أحجب أن رد أحدهما في خيار الرؤية والشرط لوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم أن الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البائع ظاهر فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبداً فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضاً كما في خيار الرؤية والشرط لأن الشرط لا يوجب تفريق الصفقة قبل العيب في فصل الاستحقاق ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكسلاً أو موزناً فاستحق بعضه بعد القبض لا يخبر لأن الشركة ليست بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخبر لتفريق الصفقة قبل التمام ولو وجد باحدهما عيباً في مسألة الكتاب قبل القبض ليس له أن يرد وحده لتفرق الصفقة قبل التمام لأن التمام قبل القبض وهذا المعنى في تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر الأكبر وذلك أن في تفريقها ثبوت ضررين دائماً غير أنه قبل التمام يكون ضرر البائع أكثر فانه ضرر مال فانه قد لا يروج أحدهما إلا بالآخر لوجود أحدهما ورداءة الآخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بطلان مجرد قوله إذا أزمناه ردهما: وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه متى رد الشكل بطل حقه عن اليد وضرر البائع هو هدمه إذ قد يبيع المردود بثمن جيد

يلزمه تفريق الصفقتين عند القراءة (قوله كى لا يكون تفريقاً للصفقة قبل التمام) وتفريق الصفقة حرام لما جاء في الحديث أن النبي عليه السلام نهي عن تفريق الصفقة فان قبض ينبغي أن يكون في هذه الصورة ولا يرد أحد الثوبين الذي لم يرد لقوله عليه السلام من اشترى شيئاً لم يرد فيه الخيار إذا رآه قلنا العمل بموجب قوله عليه السلام نهي عن تفريق الصفقة الأولى من حديث خيار الرؤية ولو جوه أحدها أن موجب قوله نهي عن تفريق الصفقة بحكم في افادة التفريم أى موجب ثابت في جميع الصور وموجب قوله عليه السلام من اشترى شيئاً لم يرد فيه غير ثابت في جميع الصور ألا يرى أنه لا يملك الرد إذا تعيب أو اعتق أحد العبدین أو دبره فكان النسي عن تفريق الصفقة راجحاً أولان قوله نهي محرم والمحرّم راجح على المبيع أولان قوله نهي عن تفريق الصفقة متاخر عن المبيع ولا يلزم تكرار النسخ ليعرف (قوله وهذا الان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) يريد به إذا قبضه مستوراً أما إذا قبضه وهو براء يبطل خياره وتم الصفقة (قوله

قال المصنف (وهذا الان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده) أقول قال العلامة الكاكي يعني فيما إذا قبضه مستوراً كذا قبل ولا حاجة الى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله النسي وفيه بحث بظاهر ملاحظة ما مر في مسألة رد الوكيل (قوله أولاً لأنه متاخر عن المبيع الخ) أقول في التوضيح في فصل المعارضة والترجيح كلام متعلق بهذا المقام فراجع (قوله والجواب أن النسي إنما هو عن التفريق الى قوله قبل التمام بالقياس) أقول تقييد المطلق بنسخ وذلك لا يجوز بالقياس ثم لا يظهر بما ذكره في معرنة الجواب دفع ما قبل (قوله يندفع ما استشكل بالاستحقاق) أقول في يظهر اندفاعه

قال (ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) قد تقدم ان خيار الشرط لا يقبل الانتقال لانه مشيئة وهو عرض والعرض لا ينتقل والارث فيما ينتقل فكذا خيار الرؤية وقد ذكرنا البحث في خيار الشرط مستوفى فلا يحتاج الى اعادته قال (ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على تلك الصفة التي رآه) علم باوصافه حاصل له بتلك الرؤية السابقة وبغوات العلم بالاوصاف ثبت الخيار فبين العلم بالاوصاف وثبوت الخيار منفاة (٥٤٤) ويثبت أحد المتنافيين وهو العلم بالاوصاف بتلك الرؤية فيمتنع في الآخر وثبوت

(ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره) لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط (ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا خيار له) لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبغواته ثبت الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرتبه لعدم رضائه (وان وجدته متغيرا فله الخيار) لان تلك الرؤية لم تقع معاملة باوصافه فكأنه لم يروا واختلغا في التعريف فالقول للبائع لان التعريف حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد

فعلنا بدفع أعلى الضرر من فهمنا (قوله ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث) على ما ذكرناه من الوجه (في خيار الشرط) وتقدم أن خيار الشرط والرؤية لا يورثان وخيار العيب والتعيين يورثان بالاتفاق (قوله ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان وجدته على الصفة التي رآه) عليها (فلا خيار له) لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة فلم يتناول قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه لانه باطلا لا يتناول الرؤية عند العقد وقوله (الا اذا كان) المشتري (لا يعلمه مرتبه) أي لا يعلم أن المبيع كما قدره فيما مضى كأن رأى ما لم يره ثم اشتريه لم يمتنع عليه لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهر أنها ما كان له الخيار (لعدم) ما لو جب الحكم عليه (بالرضا) أو رأى ثوبا فلف في ثوب وبيعه فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك (وان وجدته متغيرا) عن الحالة التي كان رآه فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معاملة باوصافه) فكأنت رؤيته وعدمها سواء (فان اختلفا في التعريف) فقال البائع لم يتغير وقال المشتري تغير (فالقول للبائع لان) دعوى (التغير) بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو وريته ما يدل على المقصود من البيع دعوى أمر (حادث) بعده والاصل عدمه فلا يقبل الابينة (بمخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية) فقال البائع رأيت وقال المشتري لم أره فالقول للمشتري مع يمينه لان البائع يدعى أمرا عارضاهو العلم بصفته (والمشتري ينكره فالقول له) وكذا لو أراد أن يرد فقل البائع ليس هذا الذي بعته، وقال المشتري بل هو هو القول للمشتري سواء كان ذلك في بيع بات أو فيه خيار الشرط أو بالرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البياعات كون المشتري رآه أو المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهده الظاهر لان يتمسك بالاصل الا ان لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية بخلاف ما اذا كان له خيار العيب فان القول للبائع في أنه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشتري في الخيار ينسخ العقد بنفسه بخلاف توقف على رضا الآخر بل على علمه على الخلاف واذا انسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول فيه قول القابض حينما كان أو أمينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ باعيب لا ينفسخ العقد بنفسه بفسخه ولكنه يدعى ثبوت حق الفسخ في الذي أحضره والبائع ينكره وقوله (الا اذا بعدت المدة) استثناء من قوله القول قول البائع أي في صورة ما اذا طال المدة (على ما قالوا) أي المشايخ (لان الظاهر شاهد

الخيار الا اذا كان لا يعلم انه هو الذي رآه كما اذا اشترى ثوبا ما عوفا كان رآه من قبل وهو لا يعلم ان المشتري ذلك المرقى فان له الخيار حينئذ لعدم رضائه وانما استثنى هذه الصورة لدفع ما عسى أن يتوهم أن عدله انتفاء ثبوت الخيار هو العلم بالاوصاف وههنا ما كان المبيع مرتبه من قبل لم يتغير عنها كان العلم بها حاصل فلا يكون له الخيار وذلك لان الامر وان كان كذلك لكن شرطه الرضا به وحديث لم يعلم انه مرتبه لم يرض به فكأن له الخيار وان وجدته متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معاملة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا في التعريف فالقول قول البائع مع يمينه لان التغير حادث لانه انما يكون بعيب أو تبدل هيئة وكل منهما عارض والمشتري يدعيه والبائع منكر وتمسك بالاصل لان سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من العقود عليه وقيل هو الرؤية السابقة وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة بظاهر

والاصل لزوم العقد والقول قول المشتري مع يمينه والابينة بينة مدعى العارض (قوله الا اذا بعدت المدة على ما قالوا) للمشتري أي المتأخر واستثناء من قوله فالقول قول البائع فانه حينئذ يكون القول قول المشتري لان الظاهر يشهده فان الشيء يتغير بطول الزمان ومن قال المصنف (لان تلك الرؤية لم يقع معلما) أقول الظاهر أن يقول معلما (قوله وقيل هو الرؤية السابقة) أقول لا يظن الفرق بين المعنيين الاولين لان المراد رؤية جزء من العقود عليه هي الرؤية السابقة بالرؤية السابقة هي رؤية جزء من العقود عليه وقيل هو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة) أقول وعندي أنه البيع البات الخالي عن الفساد الواقع في محل مرتبة فليتل.

يشهده الظاهر فالقول قوله واليس مال شمس الاغتلسر حتى وقال أو أيتو (٥٤٥) كانت جارية شابة وآها فاشترها بعد ذلك

بعض من سنة وزعم البائع انهم لم يتغير كان يصدق على ذلك وقوله (بخلاف ماذا) اختلغا في الرؤية (بته) متصل بقوله فالقول قول البائع يعني اذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه العلم بالصفاة وانه حادث والمشتري منكرك فكان القول قوله مع اليقين قال (ومن اشترى عدل زطى) العدل بالكسر المثل ومنه عدل المتاع والزطيل من الهند ينسب اليهم الشيايب الزطية ومن اشترى عدل زطى ولم يروه وقبضه فباع منه ثوبا كذا لفظ الجامع الصغير وهو مراد المصنف لانه لو لم يقبض لم يصح تصرفه فيه يبيع أو هبة فاذا قبضه فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها أي من الشيايب الزطية الا من عيب ذكر الضمير في قوله ولم يروه وغيره نظرا الى العدل وأنت في قوله منها نظرا الى الشيايب فانه اذا باع منه ثوبا لم يبق عدل لابل ثوبا من العدل وكذا اذا اشترى عدل زطى بخيار الشرط فقبضه وباع ثوبا منه أو وهبه وذلك لان الرد تعذر فيما خرج من ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفة قبل التمام لان الخيارين يمنعان تمامها كما مر وأما خيار العيب فانه لا يمنع تمامها بعد القبض

للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري يذكره فيكون القول قوله قال (ومن اشترى عدل زطى ولم يروه فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط) لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله

للمشتري) اذا اظهر أنه لا يبقى الشيء في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير قال محمد رحمه الله تعالى أو أيتو رأيت لورأى جارية ثم اشتراها بعد عشر سنين أو عشر من سنة وقال تغيرت أن لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شهده قال شمس الاغتلبه أفتى الصدر الشهيد والامام الميرغني في فتاوى ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثله لورأى دابة أو مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغيرت فالقول للبائع لان الشهر في مثله قليل (قوله) ومن اشترى عدل زطى لم يروه وقبضه فباع منه ثوبا أو وهبه) ثم رأى الباقي (ليس له أن يرد شيئا منها الا من عيب) وكذا لو اشترى العدل المذكور على أن له ان خيارا ثلاثة أيام وهو شرط الخيار والباقي بحاله أعني فباع بعضها أو وهبه سقط خياره في الباقي وليس له أن يرد خيار الشرط بل ان اطلع على عيب وهذا (لانه تعذر الرد فيما أخرجه عن ملكه) فلوردد الباقي فقط كان تفريقا للصفة على البائع قبل التمام لما مر من (أن) قيام (خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها) وان كان بعد القبض (بخلاف خيار العيب فان الصفة تتم مع بعد القبض وفيه) أي في المقبوض (وضع المسئلة) لانهم لو لم تكن مقبوضة لم تصح صورته الا اذا يصح بيعه مالم يقبض وهبه ولا يه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو أنه لا يرد أحدهما بل يردهما بخيار الرؤية ان شاء فلا يصح حينئذ قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما حتى وجد باحدهما عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء ليقال في عدم رد الباقي عند رؤية ترك العمل بحديث الخيار لحديث النبي عن تفريق الصفة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جائز بعد تمامها وحديث الخيار أقوى قلنا لم نقل بعدم رده مطلقا بل قلنا اذا رده بدمعه الاخر فزنا شرط في الرد عملا بحديث الصفة ان يكون عاملين بالحدتين معا جاعلينهما والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة أخرى على الجملة أو نحوه أي يعادلها وفيها أوثاب والزط في المغرب جيل من الهند تنسب اليهم الشيايب

يقتى الصدر الشهيد حسام الدين والشج الامام ظهير الدين الميرغني في رجهما الله (قوله) بخلاف ماذا اختلفا في الرؤية) متصل بقوله فالقول للبائع (قوله) ومن اشترى عدل زطى الزط جيل من الهند تنسب اليهم الشيايب الزطية كذا في المغرب) وقيل جيل من الناس بسواد العراق ولفظ الجامع الصغير ومن اشترى عدل زطى ولم يروه وقبضه فباع منه ثوبا أو انما قيد بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف المشتري فيه يبيع أو هبة ولانه لو كان قبل القبض فان الخيارات الثلاث من خيار الشرط والرؤية والعيب سواء في عدم جواز رد شيء منها فلا يصح حينئذ قوله الا من عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فليس له أن يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء (قوله) وكذلك خيار الشرط) أي ليس له أن يرد شيئا منها بخيار الشرط اذا اشترى عدل زطى بخيار الشرط فقبضه وباع منه ثوبا أو وهبه وحاصله ما ذكر الامام فاضل خان رحمه الله في الجامع الصغير وهذا جنس مسائل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق وكل ذلك على وجوه ثلاثة امان كان المشتري قبض المبيع أو قبض بعضه أو لم يقبض شيئا في خيار الرؤية والشرط لا يرد البعض بحال لانه تفريق الصفة قبل التمام وفي خيار العيب ان كل قبل القبض فكذلك لان الصفة لا تتم قبل القبض لان تمام الصفة انما يحصل بانتهاء الاحكام والمقصود وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليدوان كان قبض بعضه فكذلك لان التسليم البعض لا يتناهي حكم العسقد وان قبض الكل فوجد بعضه عيبا كان المبيع شيئا واحدا كالثوب والدار والعبد رد الكل أو يسكن وان كان المبيع شيئين كالثوبين والعبدين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة لان العيب وجد باحدهما

وفيه وضع المسئلة فلوعاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه بخيار الشرط وعليه اعتماد القدوري

الزطية وقيل جيل بسواد العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه على لفظ العدل ثم أنشئ في قوله لم يرد شيئا منها على معناه فكان نظير قوله تعالى وكمن قرية أهلكتنا فجاءها بأسنا بما كنا أهداهم ثلونا وهذا (ولو عاد) الثوب الذي باعه من العدل أو وهبه (إلى المشتري بسبب هو فسخ) محض كالأخذ بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب القضاء أو الرجوع في الهبة (فهو) أي المشتري للعدل (على خياره) أي خيار الرؤية فإنه أن يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لا يرتفع المانع من الأصل وهو تغرق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف) وهو رواية على بن الجعد عنه (أنه) أي خيار الرؤية (لا يعود) لأن الساقط لا يعود (بخيار الشرط) إلا بسبب جديد وصححه قاضيان (وعليه اعتماد القدوري) وحقيقة المخط مختلف فشمس الأئمة لحظا بالمبيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظا على هذه الرواية مسقطا وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا الوجه لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا وبطل الخيار قبل الرؤية وبعبدها والله الموفق

وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لأنه رضى بالعدل على اعتبار السلامة والسلامة عن العيب نابتة من حيث الظاهر فكانت الصفقة تامة ولهذا لا يلزم الرجوع بحكم العيب بعد القبض الأرض أو قضاء وفي خيار الشرط والرؤية يتغير بالرد وفي فصل الاستحقاق أن استحق بعض المبيع قبل القبض أو بعد ما قبض بعض المبيع كأنه أن يرد غير المستحق لأن باستحقاق البعض تنفرد الصفقة على المشتري قبل التمام وإن كان قبض الكل ثم استحق بعضه فإن كان المبيع عبدا واحدا أو ثوبا واحدا واستحق بعضه كان له أن يرد الباقي وإن كان عبداً فاستحق أحدهم لا يرد الباقي (قوله وفيه وضع المسئلة) أي في المقبوض على ما ذكرناه (قوله فلوعاد اليه بسبب هو فسخ) بأن يرد المشتري الثاني بالعيب بقضاء القاضي وعن أبي يوسف رجه الله أنه لا يعود بخيار الرؤية بعد سقوطه وفي فتاوى قاضيان وهو الصحيح

(فلوعاد) الثوب الذي باعه (إلى المشتري بسبب هو فسخ) بأن يرد المشتري الثاني بالعيب بالقضاء أو رجوع في الهبة فهو أي المشتري الأول أو الواهب على خياره بخلاف أن يرد الكل بخيار الرؤية لا يرتفع المانع من الأصل وهو تغرق الصفقة (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي وعن أبي يوسف) أن خيار الرؤية لا يعود بعد سقوطه (لأن الساقط لا يعود) (بخيار الشرط وعليه اعتماد القدوري)

\*) تم الجزء الخامس من فتح القدير والكفاية على شرح الهداية للإمام برهان الدين علي بن أبي بكر المروغيني ويليه الجزء السادس وأوله باب خيار العيب \*

(فهرست الجزء الخامس من فتح القدير على شرح الهداية الشيخ الاسلام  
برهان الدين علي بن أبي بكر المارغيناني)\*

| صفحة   | صفحة                                      |
|--|---|
| باب الجزية ٢٨٨   | كتاب الحدود ٢                             |
| فصل ولا يجوز احدث بيعه ولا كنيسة في دار الاسلام ٢٩٩          | فصل في كيفية اقامة الحد ١٣                |
| باب أحكام المرتدين ٣٠٧                                       | باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجب ٣٠ |
| باب البغاة ٣٣٣   | باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها ٥      |
| كتاب القبط ٣٤٢   | باب حد الشرب ٧٦                           |
| كتاب اللقطة ٣٤٨  | باب حد القذف ٨٩                           |
| كتاب الاباق ٣٦٠  | فصل في التعزير ١١٢                        |
| كتاب المفقود ٣٦٨   | كتاب السرقة ١١٩                           |
| ( كتاب الشركة ) ٣٧٦  | باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ١٢٨           |
| فصل لا تنعقد الشركة بالخ ٣٨٩                                 | فصل في الحرز والاخذ منه ١٤١               |
| فصل في الشركة الفاسدة ٤٠٩                                    | فصل في كيفية القطع واثباته ١٥٢            |
| فصل وائس لاحد الشرى يكن أن يؤدى زكاة مال الاخر الا باذنه ٤١٣ | باب ما يحدث السارق في السرقة ١٧٢          |
| ( كتاب الوقف ) ٤١٦   | باب قطع الطريق ١٧٦                        |
| فصل اختص المسجد بأحكام ٤٤٣                                   | كتاب السير ١٨٧                            |
| الفصل الاول في المتولى ٤٤٦                                   | باب كيفية القتال ١٩٥                      |
| الفصل الثانى في الموقوف عليه ٤٥١                             | باب الموادعة ومن يجوز امانه ٢٠٤           |
| ( كتاب البيوع ) ٤٥٤  | فصل في الامان ٢١٠                         |
| فصل لما ذكر ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ٤٨٣               | باب الغنائم وقسمتها ٢١٥                   |
| الخ  | فصل في كيفية القسمة ٢٣٤                   |
| باب خيار الشرط ٤٩٧   | فصل في التنقل ٢٤٩                         |
| باب خيار الرؤية ٥٣٠  | باب استيلاء الكفار ٢٥٤                    |
|  | باب المستأمن ٢٦٦                          |
|  | فصل واذا دخل الحربى الخ ٢٧٠               |
|  | باب العشر والخراج ٢٧٧                     |

\*(تمت)\*





















